Die Novation nach dem Rechte des BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Manfred Pantle

Referendar aus Waiblingen

1930

Druck: Remstalbote G. m. b. H., Waiblingen

Referent:
Staatsrat Professor Dr. von Dümelin

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken
meiner Mutter

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548026_0042

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Problem und Stand der Lehre 7
§ 2. Die Methode der Untersuchung 9

I. Teil: Die historische Untersuchung.

§ 3. Das römische Recht 10
§ 4. Das Gemeine Recht 15
§ 5. Das Preußische Allgemeine Landrecht 17
§ 6. Die Novation nach dem Schweizerischen Obligationenrecht . . . 19
§ 7. Das Französische Recht 21
§ 8. Die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches 23

II. Teil: Die Tatbestände, bei welchen die Frage der Novation aufgeworfen werden kann.

§ 9. Die Umschaffung 26
§ 10. Die causale Schuldumwandlung 32
§ 11. Die Umwandlung einer bestehenden Schuld in ein Darlehen (sog. Vereinbarungsdarlehen) 36

III. Teil: Die Wirkungen der Umschaffung und der Umwandlung in ein Darlehen.

I. Die Wirkungen der Umschaffung.

§ 12. Das Verhältnis der neuen Forderung zu den Mängeln der alten . . 42
§ 13. Umschaffung und Leistung an Erfüllungsstatt 48
§ 14. Umschaffung und Sicherungen 53
§ 15. Umschaffung und Aufwertung 59

II. Die Wirkungen der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen i. e. S.

§ 16. Allgemeines 63
§ 17. Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen und Aufwertung . . . 67
§ 18. Das Ergebnis 70

Die Novation nach dem Rechte des BGB.

§ 1.

Problem und Stand der Lehre.

Die Novation des römischen Rechts (vgl. D. 46, 2 lex 1, pr.) ist ins BGB. nicht als selbständiger Rechtsbegriff aufgenommen worden. Die für sie in Betracht kommenden Rechtssätze sind bei anderen Materien untergebracht (vgl. die § 364 Abs. 2, 607 Abs. 2, 762 Abs. 2, 764, 656 Abs. 2, 780/81). Es ist deshalb zweifelhaft, ob und in welchem Umfang sie im geltenden Recht noch besteht und welche Wirkungen sie hervorruft.

Die Schriftsteller, welche sich mit dieser Frage beschäftigt haben, können in vier Gruppen eingeteilt werden. Die erste setzt sich aus den Novationsgegnern zusammen. Joseph Kohler[1] sagt, es gebe neben der Hingabe an Erfüllungsstatt und der Hingabe erfüllungshalber keine andere Möglichkeit; die Novation des gemeinen Rechts sei ein unverstandener Erfüllungsvertrag gewesen; deshalb sei der Novationsbegriff als „juristischer Wechselbalg" auszuschalten. Nach Kipp[2] ist die Novation nach der Zulassung der datio in solutum nicht mehr notwendig, weil beide Institute nur dem Namen nach verschieden seien. Klein[3] nimmt an, es gebe nur die Hingabe einer abstrakten Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt; die übrigen Fälle, insbesondere § 607 Abs. 2 BGB. ließen sich mit der Schuldabänderung erklären. Während Kohler, Klein und Kipp die Möglichkeit einer Novation im geltenden Recht nach der gesetzlichen Regelung der Hingabe an Erfüllungsstatt schlechthin leugnen, hält Stoll[4] den Novationsbegriff für so umstritten, daß man ihn aufgeben und durch den Begriff „Schuldumwandlung" ersetzen sollte. Dies sei schon deshalb gerechtfertigt, weil die Novation im klassischen römischen Recht die alte Obligation durch ihre Form zum Erlöschen gebracht habe, was auf das geltende Recht nicht mehr zutreffe.

Eine zweite Gruppe von Schriftstellern nennt die Uebernahme einer neuen abstrakten Verbindlichkeit gemäß § 364 Abs. 2 BGB. „an Erfüllungsstatt" Novation, ohne einen Unterschied in der rechtlichen Behandlung der Novation und der datio in solutum anzuerkennen. Daneben bestehe auch die Möglichkeit der Umwandlung einer Schuld in eine kausale Forderung.

Enneccerus[5] nennt nur die Uebernahme einer neuen abstrakten Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt Novation. Daneben gebe es einen

---

[1] Vgl. Joseph Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 S. 183.
[2] Vgl. Kipp zu Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 2. Bd. S. 509.
[3] Vgl. Klein, Vertragliche Aenderungen des Inhalts eines Schuldverhältnisses S. 18 ff.
[4] Vgl. Stoll in Jur. Wochenschrift 1928 S. 962.
[5] Vgl. Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 2 § 298, bes. Anm. 16.

„kausalen Schuldumwandlungsvertrag". Zu diesem sei insbesondere der Fall des § 607 Abs. 2 BGB. zu rechnen, wenn es sich nicht nur um eine Schuldabänderung handle. Siber[6] faßt beide Verträge zusammen als abstrakte bzw. kausale Novation. Die causa der kausalen Novation sei die causa solvendi. Hierher kann auch Stoll[7] gerechnet werden, der wie oben dargelegt wurde, den Novationsbegriff ablehnt; seine abstrakte und kausale Schuldumwandlung stehen praktisch der Novation und dem Schuldumwandlungsvertrag von Enneccerus gleich. Auch v. Heck[8] führt aus, man könne die Ersetzung einer bestehenden Schuld durch eine neue auch heute noch Neuerung, Schuldumwandlung oder Novation nennen. Diese stelle aber nur einen Unterfall innerhalb des gesetzlichen Oberbegriffs „Hingabe an Erfüllungsstatt" dar. Ein sachlicher Unterschied zwischen einer solchen Neuerung und der Hingabe einer eigenen Schuld an Erfüllungsstatt bestehe nicht. Er leugnet aber, daß es einen von der Schuldabänderung zu trennenden „kausalen Schuldumwandlungsvertrag" gebe.

Der Vertreter der dritten Gruppe, v. Tuhr[9], hat den umfassendsten Novationsbegriff. Jede Ersetzung eines Schuldverhältnisses durch ein neues wird unterschiedslos Novation genannt, z. B. immer § 607 Abs. 2 BGB., das Besitzkonstitut, die Wechselprolongation, die Umwandlung eines Schuldverhältnisses (der gekaufte Gegenstand soll unter Aufhebung des Kaufs vermietet werden).

Während alle bisher angeführten Schriftsteller leugnen, daß ein Unterschied zwischen der rechtlichen Behandlung der Novation und der datio in solutum bestehe, nehmen die Vertreter der vierten Gruppe einen solchen Unterschied an. Hierher gehört vor allem Dernburg[10]. Er sieht die Bedeutung der § 762 Abs. 2, 764, 656 Abs. 2 BGB. eben darin, daß ausgesprochen wird, daß bei der Novation die Spiel-, Ehemäkler- usw. Mängel, wenn sie der alten Obligation anhafteten, auf die neue Obligation übergehen, während sie bei der Hingabe einer Sache oder eines Rechts an Erfüllungsstatt erlöschen.

Dieser Ueberblick über den Stand der Lehre läßt erkennen, daß sich der Streit insbesondere um drei Fragen dreht: Die Frage der „abstrakten Novation" und ihr Verhältnis zur Leistung an Erfüllungsstatt, die Frage der „kausalen Schuldumwandlung" und ihr Verhältnis zur Schuldabänderung und endlich die Fälle der Schuldumwandlung nach § 607 Abs. 2 BGB. Diese Fragen sollen im folgenden behandelt werden und außerdem soll versucht werden, eine einheitliche Terminologie durchzuführen.

---

[6] Vgl. Siber in Plancks Kommentar zum BGB. 4. Aufl. Berlin 1913/14, II. 1a γ zu § 305.

[7] Vgl. Stoll in J. W. 1928 S. 962.

[8] Vgl. v. Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, § 59, 13 und § 58, 8.

[9] Vgl. v. Tuhr, der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. II, S. 101, III S. 124.

[10] Vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Halle 1899, Bd. II S. 270.

§ 2.

Die Methode der Untersuchung[11].

Die Lösung dieser Fragen ist im Wege der historischen Interessenforschung zu suchen. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet der Rechtszustand, den die Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches vorfanden. Nach Klarlegung des Standpunkts des römischen Rechts ist die Weiterentwicklung der Novation im Gemeinen Recht und ihre Regelung im code civil, im Preuß. Allg. Landrecht und im Schweizerischen Obligationenrecht darzutun. Dann ist zu untersuchen, welche Stellung die Redaktoren und die sonstigen gesetzgeberischen Faktoren des BGB. zu der Frage der Novation einnahmen, insbesondere, ob sie sich an eines dieser Rechte anschlossen und an welches. Soweit ein klarer Wille des Gesetzgebers zu erkennen ist, sind wir an ihn gebunden. Die Bindung an das Gesetz ist die Bindung an den Willen des Gesetzgebers, der im Gesetz zum Ausdruck gebracht ist, nicht die Bindung an den Wortlaut des Gesetzes. Auf Grund dieses historischen Ueberblicks wird es gleichzeitig möglich sein, den Novationsbegriff zu definieren.

Der Gesetzgeber ist aber nicht allwissend. Deshalb werden auch Fragen auftauchen, in denen die historische Methode versagt. Die Antwort auf solche Fragen dürfen wir nicht aus den juristischen Konstruktionen ableiten. Diese sind nur ein Hilfsmittel zur Zusammenfassung der Gesichtspunkte, die der Gesetzgeber erkannt hat. Der Gesetzgeber ist kein Geheimniskrämer, er sagt, was er zu sagen weiß. Sein Schweigen kann die Bedeutung haben, daß er etwas ausschalten will. Daran sind wir gebunden. Er kann aber auch schweigen, um die Lösung einer Frage, die er für noch nicht genügend geklärt hält, der Praxis zu überlassen, oder weil er eine Frage einfach nicht gesehen hat. Dann darf ihm auf Grund der Konstruktion, die er zur Regelung der ihm bekannten Fragen gewählt hat, ein gesetzgeberischer Wille in Beziehung auf die Fragen, zu denen er geschwiegen hat, nicht unterschoben werden. Solche Fragen sind vielmehr aus der Interessenlage heraus zu entscheiden. Es sind die Interessengegensätze herauszustellen und dann ist ein billiger Ausgleich zu finden. Dabei ist jedes einzelne Problem besonders zu untersuchen; die Lösung der einzelnen Fragen braucht nicht einheitlich zu sein, das Ziel ist nicht, ein logisch geschlossenes Gebäude aufzubauen, es sollen vielmehr die Probleme des Lebens praktisch gelöst werden.

Erst wenn auf diesem Weg — historische Auslegung, ergänzt durch Rechtsfindung aus der Interessenlage heraus — die Probleme der praktischen Rechtsgewinnung gelöst sind, ist zu versuchen, eine einheitliche Terminologie zu schaffen. Hierbei wird sich insbesondere die Frage erheben, ob es heute noch einen Sinn hat, von Novation zu sprechen.

---

[11] Vgl. Max Rümelin: Bernhard Windscheid und sein Einfluß auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft, Tübingen 1907 und v. Heck: Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912 und Grundriß des Schuldrechts, S. 471 ff.

I. Teil.

Die historische Untersuchung.

§ 3.

Das römische Recht.

„Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio, hoc est, cum ex praecedenti obligatione ita nova constituatur, ut prior perematur" (D. 46, 2 lex 1, pr.). Sabinus definiert die Novation als Umgießung einer Obligation in eine andere und, möglicherweise von Ulpian, hinzugefügt wird das technische Mittel hiezu: Aufhebung der alten durch Begründung einer neuen Obligation[12]. Es besteht ein Gegensatz zwischen dem materiellen und dem formellen Gehalt des Rechtsgeschäfts: Materiell wird das alte Kreditverhältnis fortgesetzt, formell wird es aufgehoben und durch ein neues ersetzt. Deshalb unterschieden die Römer die Novation von der datio in solutum, d. h. der Hingabe einer Sache oder eines Rechts an Erfüllungsstatt, bei der der Gläubiger befriedigt und das Schuldverhältnis nicht fortgesetzt wird[13]. Es ist beiden nur das gemeinsam, daß die alte Forderung erlischt, wobei der Gläubiger etwas anderes erhält als das, was ursprünglich beabsichtigt war. Im ältesten römischen Recht knüpfte sich die Novation an die Verwendung der Stipulationsform, ohne daß es auf den Parteiwillen angekommen wäre[14]. Nur mußte die neue Forderung der alten gegenüber aliquid novi (Person des Gläubigers, Person des Schuldners, Leistungsinhalt) enthalten. Die Hingabe eines Stipulationsversprechens erfüllungshalber war dem alten Recht unbekannt. Die Vorstellung, daß zwei Ansprüche zwischen denselben Personen bestehen könnten, die auf die Leistung desselben Gegenstandes gerichtet sind, ist zu kompliziert, als daß sie sich das alte Recht hätte zu eigen machen können. Sie setzte sich später im prätorischen Recht durch. Das constitutum debiti proprii vel alieni trat grundsätzlich neben die alte Forderung, ohne sie zu ersetzen. Das färbte auch auf die Stipulation ab. Neben die Novation trat die Begründung eines Stipulationsversprechens solutionis causa. Damit konnte die Aufhebung der alten Forderung nicht mehr schlechthin die Folge der Verwendung der Stipulationsform sein; die alte Forderung wurde nur dann aufgehoben, wenn dies dem Parteiwillen entsprach. Dieser Wille ist der animus novandi. Zunächst wurde dieser allerdings noch vermutet und erst Justinian beseitigte die letzten Vermutungen zugunsten des animus novandi. Dieser mußte nunmehr immer bewiesen werden[15]. Damit fand

---

[12] Vgl. Jörs, Geschichte und System des römischen Privatrechts, Berlin 1924 S. 134.

[13] Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Bd. 2, Anmerkung 2 zu § 353.

[14] Vgl. v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung Göttingen 1895 S. 60 ff., Salpius, Novation und Delegation S. 131 ff., Windscheid a. a O. Bd. 2, § 354 Anm. 12. Neben der Stipulationsnovation gab es auch eine Novation durch Literalkontrakt; auf sie soll im folgenden nicht näher eingegangen werden.

[15] Vgl. Jörs, S. 135 Anm. 6 und die dort Zitierten.

die Entwicklung ihren Abschluß, die an die Stelle der Aufhebung der alten Obligation auf Grund der Verwendung der Stipulationsform die Aufhebung durch den Willen der Vertragsparteien setzte.

Ein besonderer Fall der Novation ist die sog. novatio necessaria. Nach der Verurteilung des Schuldners trat die actio judicati, die Klage aus dem Urteil, an die Stelle der ursprünglichen Obligation.

V. Blume[16] hat die Ansicht vertreten, nicht nur die stipulatio debiti, sondern auch ihr prätorisches Seitenstück, das constitutum debiti proprii vel alieni sei in Verbindung mit einem pactum de non petendo — in diesem würde der animus novandi zum Ausdruck gebracht — geeignet gewesen, dem Novationszweck zu dienen. Justinian habe das Novationszwecken dienende Constitut wie sein zivilrechtliches Vorbild Novation genannt und beide schlecht und recht miteinander verschmolzen. Den letzten Schritt zur völligen Verschmelzung, Beseitigung der Stipulationsform bei der stipulatio debiti habe er allerdings nicht mehr getan[17]. Es sind hier zwei Fragen auseinanderzuhalten: Erstens: Kann durch ein constitutum debiti, verbunden mit einem pactum de non petendo, derselbe Rechtseffekt wie bei der Novationsstipulation erreicht werden? und zweitens: Wird dieses Institut dann auch Novation genannt? Daß das constitutum debiti proprii mit einem pactum de non petendo verbunden werden konnte, dürfte als wahr anzunehmen sein. Dadurch wurde im wesentlichen derselbe Erfolg wie bei der Stipulationsnovation erreicht. Schon fraglicher ist, ob auch das constitutum debiti alieni mit einem pactum de non petendo zugunsten des Altschuldners verbunden werden konnte. C 2 de pactis 2, 3, auf die sich v. Blume zum Beweis hierfür beruft, braucht nicht schlechthin als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips aufgefaßt werden; die Stelle kann eine Spezialvorschrift für die defensio in einem besonders gelagerten Fall darstellen[18].

Dafür, daß das constitutum debiti proprii vel alieni verbunden mit einem pactum de non petendo Novation genannt worden sei, ist ein Beweis nicht erbracht[19]. V. Blume sagt zunächst: Aus D. 46, 2 l. 8 § 5 ergebe sich, daß es möglich gewesen sein müsse, ein Versprechen zu begründen, das entweder novationshalber an die Stelle oder erfüllungshalber neben die ursprüngliche Obligation trat und bei dem im letzteren Fall eine Solidarobligation entstand. Da die adpromissio eine Korrealobligation, das constitutum debiti dagegen eine passive Solidarobligation erzeugt habe, erscheine der Schluß gerechtfertigt, daß die Stelle an eine Novation nicht durch promissio sondern durch constitutum debiti gedacht habe. Die l. 8 § 5 de nov. et del. kann man nur dann im Sinne v. Blume's auslegen, wenn man den Nachdruck auf die Worte „altero solvente" legt. In Wahrheit liegt der Nachdruck auf dem Wort „libe-

[16] Vgl. v. Blume, a. a. O. S. 67—78.

[17] Vgl. auch Girard-Mayr, Geschichte und System des römischen Rechts, Berlin 1908, S. 656.

[18] Beim Erben, der die Erbschaft veräußert hat, ist das Bedürfnis nach Befreiung von den darauf lastenden Schulden besonders groß.

[19] Vgl. v. Rümelin, Ziv. Arch. 128, 145.

rabitur", das im Gegensatz zu „tenetur" steht. Im Leben kommt es regelmäßig nicht zum Prozeß. Dann wird auch bei den Korrealobligationen der nicht zahlende Schuldner erst durch die Zahlung des andern befreit. Die I. 8 § 5 h. t. kann auf diesen im Leben typischen Verlauf hinweisen, ohne auszuschließen, daß der eine Schuldner nicht auch durch eine eventuelle litis contestatio des andern befreit würde. Vielleicht noch wahrscheinlicher ist folgendes: Justinian hob die „gesamtzerstörende" Wirkung der litis contestatio bei den passiven Korrealobligationen auf[20]. Eine solche liegt hier vor. Nun ist die Stelle von si novationis — liberabitur sicher interpoliert. Das ergibt schon die Betonung des animus novandi. Es ist deshalb sehr wohl möglich, daß das Stück von si autem — liberabitur erst im Anschluß an die C. 8, 40, 28, 2 eingefügt wurde. V. Blume weist weiter darauf hin, daß bei der Novation u. U. die Pfandrechte auf Grund eines Pactums unter den Novationsparteien fortbestünden. Da das Pfandrecht accessorisch zur Hauptforderung sei, sei das nur bei einer Novationsart möglich, bei der die alte Obligation nicht ipso iure, sondern ope exceptionis untergehe. Dabei könne nur an die Constitutsnovation gedacht werden. Aus D. 46, 1, I. 60 ergebe sich, daß der Bürge bei der Novation teils ipso jure teils ope exceptionis befreit werde, zeige, daß es auch eine Constitutsnovation gegeben haben müsse. In beiden Fällen kann aber ebensogut an den Gegensatz der Novation unter Bürgern zur Novation mit Nichtbürgern gedacht sein. Im judicium, quod imperio continetur, wurden möglicherweise der Altschuldner und sein Bürge, bei der Novation ebenso wie bei der litiscontestatio, nicht ipso jure, sondern ope exceptionis befreit. Bei der novatio legitime perfecta braucht nicht notwendig an den Gegensatz zwischen einer Stipulationsnovation und einer Constitutsnovation gedacht zu sein, wie v. Blume annimmt, es kann ebensogut die vertragsmäßige Novation im Gegensatz zur novatio necessaria gemeint sein. Vielleicht soll das legitime perfecta auch nur besagen, daß die Novation formgerecht vollzogen sein müsse, also einen eingerissenen Mißbrauch bez. der Beobachtung der Form ausdrücklich als unzulässig bezeichnen. Zusammenfassend kann gesagt werden, daß sich aus den Quellen nicht nachweisen läßt, daß das constitutum debiti, verbunden mit einem pactum de non petendo Novation genannt wurde.

Das Anwendungsgebiet der Novation war im römischen Recht sehr groß. Die Aenderung eines Schuldverhältnisses war nur durch Novation möglich, soweit sie sich nicht unter den Begriff der teilweisen Aufhebung bringen ließ. Sie diente gleichermaßen dem Gläubigerwechsel, dem Schuldnerwechsel und der Aenderung des Leistungsinhalts. In späterer Zeit wurde ihr Anwendungsgebiet beschränkter. Der Novation zum Zwecke des Gläubigerwechsels trat die Bestellung eines procurator in rem suam zur Seite. Der Novation mit Schuldnerwechsel erwuchs in dem constitutum debiti eine prätorische Konkurrenz. Keine Novation lag vor bei der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen. Jedenfalls findet sich nirgends eine Bezeichnung dieses Vorgangs als Novation. Sollte

[20] Vgl. C. 8, 40, 28, 2 und Jörs a. a. O. S. 145.

eine Kaufpreisschuld in eine Darlehensschuld umgewandelt werden, so nahm man an, daß die Kaufpreisschuld bezahlt und das Geld wieder dargeliehen war, wobei jedoch von der Ausführung der Doppelzahlung regelmäßig abgesehen wurde. Die Wirksamkeit einer solchen fingierten oder tatsächlich ausgeführten Doppelzahlung war aber nicht unbestritten. Sie durfte nicht zur Umgehung zwingender Gesetzesvorschriften benutzt werden[21].

Die Aufhebung der alten und die Begründung der neuen Obligation sind gegenseitig voneinander abhängig[22]. Kommt die neue Obligation nicht wenigstens als Naturobligation zustande, so erlischt die alte nicht (abgesehen vom ältesten Recht, nach dem das Erlöschen der alten Forderung Folge der Verwendung der Stipulationsform war). War die alte Obligation nichtig, so ist es bei der titulierten Novation auch die neue. Bei der reinen Novation kann die neue Obligation kondiziert werden.

Die zur Sicherung der alten Forderung bestellten Pfandrechte erloschen ursprünglich mit der Novation schlechthin. Später, und zwar wahrscheinlich erst im justinianischen Recht, wurde eine Vereinbarung des Inhalts zugelassen, daß das Pfandrecht zugunsten der neuen Forderung fortbestehen solle[23].

Bei diesen Vereinbarungen brauchte der Pfandeigentümer nicht zugezogen zu werden[24]. Das Pfandrecht des Gläubigers behält den alten Rang, der Gläubiger darf die verpfändete Sache pignoris nomine „tenere". Würde das Pfand an letzter Stelle neu begründet werden, so müßte er die verpfändete Sache an die vorgängigen Pfandgläubiger herausgeben. Dazu, daß dies nicht erkannt und ein Fortbestand des Pfandrechts nur bei Neubestellung zwischen dem Gläubiger und dem Pfandeigentümer zugelassen wurde, trug viel ein ungenauer Ausdruck in D. 13, 7 I. 11, § 1 bei. Hier wird gesagt, bei der Novation erlösche das Pfandrecht, wenn nicht gleichzeitig vereinbart werde, das Pfandrecht solle neu bestellt werden. Die beiden Satzhälften wollen nicht recht zusammenpassen: wenn das Pfandrecht mit der Novation nicht erlischt, so besteht es fort und braucht nicht neu bestellt zu werden. Der Widerspruch läßt sich vielleicht folgendermaßen lösen: Ulpian spricht a. a. O. pr. von der litis contestatio. Im Gegensatz zu dieser erlösche, sagt § 1, das Pfandrecht bei der Novation. Die natürliche Fortsetzung würde lauten: et necesse est, ut pignus repetatur. Es ist nun möglich, daß die Kompilatoren, die das Pfand auf Grund einer conventio zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner fortbestehen lassen wollten, das „necesse est" durch „nisi convenit" ersetzten, ohne auch den Schluß des Satzes dementsprechend abzuändern. Während bei der Novation nach Justinianischem Recht die Pfandrechte, die zur Sicherung der alten Forderung bestellt waren, durch eine Vereinbarung unter den Novationsparteien aufrechterhalten werden konnten, erloschen

[21] Vgl. Kohler, Ziv. Arch. 98, 347, ff.
[22] Vgl. Wendt, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888, S. 561.
[23] v. Blume a. a. O. S. 73 ff., Salpius, Novation und Delegation S. 206 ff. und die dort zitierten Stellen.
[24] Vgl. C. 1. p. etiam ob chirograph. pecun. 8, 26 und dazu v. Blume a. a. O

sie bei der Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt immer.

Sehr zweifelhaft und aus den Quellen wohl überhaupt nicht zu entscheiden ist die Frage, wann durch die Novation eines Gesamtschuldners mit dem Gläubiger die übrigen Gesamtschuldner befreit werden[25]. Im Mittelpunkt des Streits steht die Stelle D. 46, 2 l. 31, § 1. In dieser sind zunächst die Worte „cum id specialiter agit" sicher interpoliert. Der übrige Inhalt der Stelle besagt, daß durch die Novation des Schuldners mit einem Gesamtgläubiger auch die übrigen Gesamtgläubiger befreit werden und weist auf die Aehnlichkeit mit der solutio hin. Diese Stelle, die von der Gesamtgläubigerschaft handelt, wird, besonders in Anbetracht der Gleichstellung der Stipulation mit der solutio, entsprechend auf die Gesamtschuldnerschaft angewandt. Eine solch allgemeine Aeußerung, wie sie der eo magis-Satz nach Ansicht z. B. Windscheids darstellt, darf nicht zur Lösung von Einzelfragen verwendet werden. Die Römer ließen sich oft bei der Rechtssetzung von Zweckmäßigkeitsgründen und nicht von der Rechtslogik leiten. Würde nach der Novation der Schuldner noch dem Zugriff der übrigen Gesamtgläubiger ausgesetzt sein, so hätte diese für beide Teile wenig Wert. Der Gläubiger würde nicht sicher sein, daß ihm ein anderer Gesamtgläubiger nicht doch zuvorkommt und den Schuldner in Anspruch nimmt, und der Schuldner müßte in diesem Fall die alte Forderung erfüllen, ohne daß ihm eine mit der Novation evtl. beabsichtigte Aenderung bzw. Erleichterung seiner Verpflichtung zugute käme. Deshalb werden die Parteien in diesem Fall mit der Novation regelmäßig einen der solutio entsprechenden Erfolg herbeiführen wollen. Dies besagt der eo magis-Satz: „ea stipulatio", d. h. die Stipulation des Schuldners mit einem Gesamtgläubiger, ist der solutio similis, aber nicht jede Novation[26]. Ganz anders ist die Sachlage bei der Gesamtschuldnerschaft. Noviert der Gläubiger seine Forderung einem Gesamtschuldner gegenüber, so hat er gar kein Interesse daran, daß seine Forderung durch die Entlassung der übrigen Gesamtschuldner an Wert verliert. Ebensowenig wird in der Regel der novierende Schuldner ein Interesse an der Befreiung seiner Genossen haben. Entweder würde er in diesem Fall dem Gläubiger anderweitige Sicherheit stellen oder er würde ihm eine Prämie für das größere Risiko in irgendeiner Form zahlen müssen. Außerdem würde es dann sicher sein, daß gerade er in Anspruch genommen wird, während der Gläubiger bei Fortbestand der Haftung der übrigen Gesamtschuldner trotz der Novation immer noch einen anderen Gesamtschuldner in Anspruch nehmen kann. Es brauchen sich daher an die Novation eines Gesamtschuldners mit dem Gläubiger nicht die gleichen

[25] Vgl. Windscheid a. a. O. Bd. 2 Anm. 3 zu § 295 und Anm. 5 zu § 298 und die dort Zitierten.

[26] Es ist an der Stelle beachtlich, daß die Begründung der neuen Forderung zwar als der soluto similis bezeichnet, trotzdem aber das Geschäft noch Novation genannt wird. Die Römer haben also auch die Fälle, in denen durch das in universum discedere ein der solutio entsprechender Erfolg herbeigeführt wird, nicht direkt als solutio (bzw. in solutum datio) bezeichnet.

Folgen zu knüpfen wie an die Novation eines Gesamtgläubigers mit dem Schuldner. Für die Befreiung der übrigen Gesamtschuldner durch die Novation eines von ihnen mit dem Gläubiger sprechen allerdings die lex 8 § 11 und lex 20 D 16, 1, die sich wahrscheinlich auf die Novation beziehen. Ganz sicher ist das nicht, es könnte auch auf Grund der Verpflichtung der Frau eine acceptilatio gegenüber allen Gesamtschuldnern erfolgt sein. Die Stellen zeigen übrigens, daß die Römer Gesamtschuldnerschaft und Gesamtgläubigerschaft nicht in allen Einzelfragen gleich behandelten. Während bei der Interzession einer Frau für einen Gesamtschuldner die Forderungen des Gläubigers gegen alle Gesamtschuldner restituiert werden, wird bei der Interzession einer Frau für den Schuldner im Falle der Gesamtgläubigerschaft nur die Forderung zugunsten des Gesamtgläubigers wiederhergestellt, demgegenüber die Frau interzediert war. Es ist deshalb ungerechtfertigt, aus der von der Gesamtgläubigerschaft sprechenden Stelle D 46, 2 lex 31 § 1 Schlüsse auf die Gesamtschuldnerschaft zu ziehen.

Zusammenfassend ist zu sagen: Die Novation, Aufhebung einer bestehenden durch Begründung einer neuen Obligation, vollzieht sich in Stipulationsform, ist also ein formalisiertes Rechtsgeschäft. Sie tritt neben die datio in solutum als besonderes Rechtsinstitut. Die rechtliche Behandlung beider Institute zeigt Verschiedenheiten, besonders bezüglich der Behandlung der Sicherheiten. Dies ist eine Folge davon, daß der Gläubiger bei der Novation nicht befriedigt, vielmehr das alte Kreditverhältnis fortgesetzt wird. Die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen wird nicht Novation genannt. Das große Anwendungsgebiet der Novation begann gegen Schluß der Entwicklung abzubröckeln.

§ 4.

Das Gemeine Recht.

Das Gemeine Recht gelangte nicht zu einer unbestrittenen Novationslehre. Die Stipulationsform wurde nicht rezipiert. Deshalb war es zweifelhaft, ob es im Gemeinen Recht überhaupt noch eine Novation gebe[27]. Die herrschende Lehre nahm das an und ließ sie durch formlosen Vertrag zu. Sie blieb die Aufhebung einer bestehenden Obligation durch Begründung einer neuen. Der animus novandi ist erforderlich. Die Novation war als reine oder titulierte möglich. Es konnte jedoch keine Einigung über die Frage erzielt werden, worin die transfusio atque translatio bestand[28]. Mag man diese aber in der Uebernahme des Rechtsstoffes oder der causa der alten Obligation gesehen haben oder angenommen haben, die Novation sei Umwandlung der alten Obligation bloß vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gewesen oder mag man die Novation als Unterfall der Rechtsnachfolge angesehen haben, bezüglich der rechtlichen Behandlung der Einzelfragen wurde der transfusio atque translatio keine praktische Bedeutung beigemessen. So wurden an die Novation

[27] Vgl. Windscheid II § 354 Anmerkung 1.
[28] Vgl. Windscheid II § 353 Anmerkung 3 b.

die Wirkungen geknüpft, welche in den übrigen Fällen Folge des Erlöschens einer Forderung sind, obwohl in diesen der Gläubiger befriedigt bzw. die Schuld erlassen wird: Erlöschen der Sicherungen[29] und Befreiung der Gesamtschuldner[30]. Es war daher schwer, noch einen Unterschied zwischen der Novation und der datio in solutum herauszufinden und so konnte schließlich bestritten werden, daß sich die Novation von der datio in solutum unterscheide[31].

Das Verhältnis der Novation zu den abstrakten Rechtsgeschäften, insbesondere der Anerkennung als Verpflichtungsgrund war sehr ungeklärt. Teilweise soll diese ein Unterfall der Novation sein, teilweise soll sie sich von der Novation dadurch unterscheiden, daß sie „nicht die Erfüllung schon bestehender Verbindlichkeiten zum Gegenstand habe, sondern eine selbständige Verbindlichkeit und ein eigenes Forderungsrecht begründe“[32]. Zum Schluß war wohl die Ansicht herrschend, welche in der reinen Novation ein abstraktes, in der titulierten Novation ein kausales Rechtsgeschäft sah.

Mit der Stipulationsform und dem bestimmten technischen Sprachgebrauch verlor die Novation ihr scharf umrissenes Anwendungsgebiet. An die Seite der Novation mit Gläubigerwechsel trat die Cession[33], an die Seite der Novation mit Schuldnerwechsel die Schuldübernahme[34]. Die Aenderung eines Schuldverhältnisses wurde mit der Anerkennung des Konsensprinzips zugelassen, ohne daß es dazu einer Novation bedurfte. Die Cession ist der Novation mit Gläubigerwechsel überlegen, weil bei ihr die Sicherungsrechte entgegen der im Gemeinen Recht für den Fall der Novation herrschenden Meinung bestehen bleiben und der Schuldner nicht mitzuwirken braucht. Allerdings hat die Novation mit Gläubigerwechsel vor der Cession das voraus, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber seine Schuld anerkennt. Der Schuldabänderungsvertrag entspricht der Interessenlage in der Regel mehr als die Novation, weil auch bei ihm die Sicherheiten jedenfalls erhalten bleiben. Dazu kommt bezüglich aller Fälle der Novation noch der Gesichtspunkt, daß dem Verständnis der Nichtjuristen ein Institut wie die Aufhebung einer Obligation durch Begründung einer neuen erhebliche Schwierigkeiten entgegensetzt, ein animus novandi schon um deswillen nicht vorkommt, weil der Laie gar nicht darandenkt, daß zur Aenderung einer Schuld die Begründung einer neuen Forderung erforderlich sein könnte. So kam denn auch die Rechtsprechung der Obergerichte verhältnismäßig selten auf die Novation zu sprechen. Dabei mag auch der Umstand mitgewirkt haben, daß die Anwälte die Novation nur ungern bei der Klag-

[29] Anders Salpius a.a.O. S. 206 ff.
[30] Vgl. zu dieser bestrittenen Frage Savigny, das Obligationenrecht I S. 166, Salpius a.a.O. S. 202 ff.
[31] Vgl. Windscheid II Anm. 2, zu § 353 und die dort Zitierten.
[32] Formulierung von Wendt § 235 a.A.; dieser nimmt allerdings an, daß es keine Anerkennung gebe, die selbständiger Verpflichtungsgrund sei.
[33] Vgl. Windscheid a.a.O. Bd. 2 § 329 ff.
[34] Vgl. Windscheid a.a.O. Bd. 2 § 338 ff.

begründung herangezogen haben werden, weil die vielen Streitfragen, die sich an sie knüpfen, die Prozesse unberechenbar machten.

Die Einschränkung des Anwendungsgebiets der Novation und die Flüssigkeit ihrer Grenzen brachte es mit sich, daß zum Teil versucht wurde, andere Fälle, die die Römer nicht als Novation bezeichnet hatten, der Novation zu unterstellen. Das gilt insbesondere für das Vereinbarungsdarlehen[35]. Sieht man davon ab, war die praktische Bedeutung der Novation äußerst gering.

§ 5.
Das Preußische Allgemeine Landrecht.

Das Allgemeine Pr. Landrecht regelt die Novation (I, 16 § 454 nennt sie „Umschaffung") in Teil I, 16, § 450 ff. Die Bestandteile der Novation sind die Aufhebung der alten Forderung, die Begründung der neuen Forderung und der animus novandi. Dernburg[36] sagt: Es muß sich hierbei ökonomisch um identische Ansprüche handeln, während formell die alte Forderung untergeht und eine neue entsteht. Die Novation ist von der Schuldabänderung, bei welcher die alte Forderung aufrecht erhalten bleibt, zu scheiden; so liegt gemäß I, 16 § 453 bei Aenderungen der Modalitäten in Beziehung auf Ort und Zeit der Leistung nur Abänderung der alten Forderung in einzelnen Beziehungen vor, nicht Novation. Die Novation wird schon äußerlich geschieden von der datio in solutum (vgl. I, 16 § 235 ff.[37]), d. h. der „Angabe" einer Sache, eines Rechts gegen einen Dritten oder eines sonstigen Vermögenswerts, z. B. der Gebrauchsüberlassung, an Erfüllungsstatt. Gemäß R.G. bei Gruchot 36, 685 ff. enthält der Vertrag, wonach der Schuldner die Schuldsumme als Darlehen zu schulden und zu verzinsen verspricht, nicht schlechthin eine Novation, denn die Festsetzung einer Kündigungsfrist und einer Verzinsung enthält nichts dem Darlehen Eigentümliches. Wird eine gekaufte Sache unter Aufhebung des Kaufes gemietet, so liegt keine Novation vor (Dernburg nennt diesen Fall Novation i. w. S.).

Die Frage, wie die Novation zu vollziehen sei, ist nicht unzweifelhaft. Die ältere Praxis und Theorie, sowie Eccius[38] gingen davon aus, daß es nach Preußischen Recht keine abstrakten Verbindlichkeiten gebe. Demgemäß müßte auch die Novation durch formlosen, kausalen Vertrag abgeschlossen werden. Nach Dernburg[39] sind auch nach Preuß. Recht abstrakte Verbindlichkeiten möglich. Er nimmt an, „das gesunde praktische Gefühl" verlange, daß die abstrakte Verpflichtung schriftlich übernommen werde[40]. A. a. O. § 63, 2 verlangt er, daß bei der Novation die neue

---

[35] Vgl. Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 354 Anm. 2.

[36] Vgl. Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 5. Aufl. 1897, Bd. II S. 147.

[37] I, 16 § 235 spricht von „Sache". Aus I, 2 § 1 ergibt sich, daß der Begriff „Sache" im ganzen Landrecht auch die Rechte umschließt.

[38] Vgl. Förster-Eccius: Preuß. Privatrecht, 7. Aufl. 1896/97, Bd. II § 97 Anm. 26 und I, § 76.

[39] Vgl. Dernburg a. a. O. II S. 37. So auch R. G. 26, 77.

[40] Dagegen Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 23 S. 308.

Forderung durch abstraktes, also schriftliches Versprechen begründet werde. So könne ein Schuldschein, welcher abstrahierend von der ursprünglichen causa über ein Darlehen ausgestellt werde, der Novationsabsicht den Ausdruck geben (§ 63, 3 c). Das Erfordernis der Abstraktheit der neuen Schuld ergebe sich aus I, 16 § 462, der bei der Novation eine Veränderung „in der Art der Verbindlichkeit" verlangt.

Die Novation ist nach Preuß. Recht nicht erforderlich, wenn ein Gläubiger- oder Schuldnerwechsel vorgenommen werden soll. Cession und Expromission sind in einer Art und Weise geregelt, welche die Annahme ausschließt, daß die alte Forderung untergeht und eine neue begründet wird[41].

Der animus novandi muß ausdrücklich, d. h. unzweideutig erklärt sein (I 16 § 454), sonst wird die neue Verbindlichkeit erfüllungshalber übernommen. Daß das Landrecht mit dem Wort „ausdrücklich" nicht meint, daß über die Ersetzung gesprochen werden muß, folgt aus I 16 § 455. Hier wird gesagt, die alte Obligation erlösche ohne ausdrückliche Aufhebung, wenn sie neben der neuen nicht bestehen könne. Das ist sicher der Fall, wenn ein aliud, etwa anstelle des Kaufpreises für ein Grundstück binnen sechs Monaten 50 Zentner Weizen geliefert werden sollen. Es gehören aber auch die Fälle hierher, wo das Weiterbestehen der alten Forderung im Widerspruch zu dem Geschäftszweck steht, etwa, wenn mit der Umschaffung ein Vergleich über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung oder eine Abrechnung bezweckt ist. Die bloße Ausstellung eines Schuldscheins enthält noch keine Novation, sie kann zu Beweiszwecken erfolgen. Ebensowenig liegt in der Anerkennung einer Schuld eine Novation.

Ist die neue Obligation unwirksam, so bleibt die alte bestehen I, 16 § 465. Fällt eine Bedingung der neuen Obligation aus — diese und damit die titulierten Schuldversprechen sind unbeschränkt zulässig — so bleibt die alte Obligationbestehen I, 16 § 466, sie kann jedoch während des Schwebezustands nicht geltend gemacht werden. Möglich ist auch, daß die alte Obligation durch die bedingte neue schlechthin getilgt werden sollte; hier wird eine unbedingte Umschaffung vorgenommen, an die Stelle der alten tritt die neue, allerdings bedingte Obligation[42]. Daß die alte Obligation unwirksam war, steht der Gültigkeit der neuen nicht entgegen (I, 16 § 467). Die neue Verbindlichkeit kann jedoch durch den Schuldner unter den Umständen, unter welchen die Rückforderung einer geleisteten Zahlung stattfindet, gemeint ist die Bereicherungsklage, „widerrufen" werden (I, 16 § 468). Die Umschaffung einer gesetzlich mißbilligten Obligation, etwa einer Spielschuld, ist nach Dernburg a. a. O. II S. 7 unverbindlich.

---

[41] Vgl. I, 11 § 376 ff., I, 14 § 399 ff., I 16 § 461 spricht in diesen Fällen allerdings noch von Novation. Auf diese äußerliche Bezeichnung allein darf aber nicht abgestellt werden.

[42] Dadurch unterscheidet sich das Landrecht vom römischen Recht, das in der bedingten Novationsstipulation eine Novation unter einer Bedingung sah (D 46, 2 lex 8 § 1; lex 14 pr.; lex 24).

Gemäß I, 16 § 471/73 werden Bürgen und Pfänder, die für die alte Schuld bestellt waren, befreit, wenn sie nicht neu obligiert werden. Ob die übrigen Gesamtschuldner durch die Novation eines Gesamtschuldners mit dem Gläubiger befreit werden, ist Tatfrage (vgl. I, 16 § 458 und Dernburg a. a. O. II. S. 121).

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß sich das Allgem. Preuß. Landrecht bemüht hat, durch eine eingehende Regelung die Streitfragen des Gemeinen Rechts zu vermeiden. Dies ist nur zu einem Teil gelungen, insbesonders ist das Verhältnis der Umschaffung zu den abstrakten Schuldversprechen und zu der Umwandlung in ein Darlehen nicht geklärt. Die Bestimmungen des Gesetzes zeigen gegenüber der im Gemeinen Recht herrschenden Auffassung keine Besonderheiten. Die Umschaffung wird von der datio in solutum unterschieden.

§ 6.

Die Novation nach dem Schweizerischen Obligationsrecht.

Im folgenden ist grundsätzlich die alte Fassung von 1881, die für die Verfasser des BGB. vorlag, zugrundezulegen. Doch wurde die „Neuerung" 1911 nur in einem Punkt wesentlich geändert: durch die Zulassung der Schuldübernahme. Deshalb kann auch die neuere Literatur herangezogen werden.

Nach Art. 116 Schw. O. R. neue Fassung ist Neuerung die „Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen". Wesentliche Erfordernisse sind: Aufhebung einer alten, Begründung einer neuen Schuld und der animus novandi. Die Neuerung wird scharf geschieden von der datio in solutum, bei der der Gläubiger durch Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten befriedigt wird[43]. Die Neuerung ist weiter zu scheiden von der Schuldabänderung, deren Zulässigkeit sich aus Art. 11 a. F. bzw. Art. 12 n. F. ergibt. Bei der Schuldabänderung besteht die alte Schuld unter Wahrung ihrer Identität fort[44]. Da bei ihr der Gläubiger seine Bürgschaften und Pfandrechte und der Schuldner seine Einreden behält, wird sie vermutet. In der Ausstellung eines neuen Schuldscheins oder Bürgschaftsscheins liegt im Zweifel keine Neuerung. Auch, wenn eine neue Forderung begründet wird, geschieht dies nach Art. 43 a. F. Art. 116 Abs. 1 n. F. im Zweifel nur erfüllungshalber. Der animus novandi muß also aus dem Geschäft klar hervorgehen, wobei nicht nur auf die gebrauchten Worte, sondern insbesondere auch auf den Geschäftszweck abzustellen ist[45].

Es sind zwei Fälle der Neuerung zu scheiden: Die causale und die abstrakte[46]. Bei der causalen Neuerung wird „eine bereits geschuldete Leistung durch causalen Vertrag aus neuem Rechtsgrund geschuldet".

---

[43] Vgl. v. Tuhr: Allg. Teil des Schw. O. R. 1924, S. 416 und 572 ff., Oser, Kommentar zum O. R. Zürich 1915, II, 3 zu Art. 116. Die Neuerung ist im Gesetz neben der Erfüllung in einem besonderen Abschnitt geregelt.

[44] Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 573, Oser II, 2b zu Art. 116.

[45] Vgl. Oser III am Ende zu Art. 116: „oft schon in den Umständen begründet".

[46] Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 574.

Hierher wird das Vereinbarungsdarlehen gerechnet[47]. Bei der abstrakten Neuerung wird die alte Forderung durch ein selbständiges Schuldversprechen getilgt. Weder zur Vornahme der causalen noch zur Vornahme der abstrakten Neuerung ist eine Form erforderlich (vgl. Art. 15 a. F., Art. 17 n. F.[48]).

Die in Art. 142 a. F. aufgezählten Fälle: Neuerung mit Gläubigerwechsel, Neuerung mit Schuldnerwechsel und Neuerung unter denselben Personen gelten noch heute. Neben die Neuerung mit Gläubigerwechsel tritt die Abtretung von Forderungen gemäß Art. 164 ff. n. F., bei der die alte Forderung nicht aufgehoben und durch eine neue ersetzt wird, sondern unter Wahrung ihrer Identität auf den neuen Gläubiger übergeht. Das O. R. von 1881 kannte mit dem code civil im Gegensatz zum Dresdener Entwurf die Schuldübernahme noch nicht. Sie wurde in Art. 175 ff. n. F. zugelassen.

Die Neuerung dient vor allem der Heilung von Mängeln. Die Anerkennung des Saldos im Kontokorrentverkehr wird in Art. 117 n. F. ausdrücklich Neuerung genannt, obwohl bei ihr die Sicherungen und Pfandrechte nicht erlöschen. Die Neuerung kann zur Klagbarmachung unvollkommener Verbindlichkeiten verwendet werden; zu diesen werden auch sittliche Pflichten gerechnet[49].

Ist die neue Obligation nichtig oder angefochten, so ist auch die Tilgung der alten Obligation nicht erfolgt. Diese besteht mit allen Einreden und Einwendungen weiter, die vorher gegen sie erhoben werden konnten. Soweit der Schuldner die Einreden und Einwendungen, die gegen die alte Forderung gerichtet werden konnten, bei der Neuerung kennt, kann er sich auf sie der neuen Forderung gegenüber nicht mehr berufen. Dies gilt auch für die Rechte wegen Sachmangels. Wußte der Schuldner bei der Neuerung nicht, daß die zu tilgende Forderung nicht bestand, so ist die neue Forderung bei der causalen Neuerung nichtig, bei der abstrakten kondizierbar[50]. Eine Spielschuld wird durch die Neuerung nicht klagbar (B. E. 12, 450; 18, 283; Schw. O. R. Art. 514 Abs. 1); auch die neue Forderung ist eine unvollkommene Verbindlichkeit.

Vom Fall der Anerkennung des Kontokorrentsaldos abgesehen, bewirkt die Neuerung ein Erlöschen der Sicherheitsrechte[51]. Gleichzeitige Neubestellung ist möglich; sie ist zu vermuten, wenn die Pfandsache dem Pfandschuldner gehört[52].

Bestritten ist, ob durch die Neuerung zwischen einem Gesamtschuldner und dem Gläubiger die übrigen Gesamtschuldner befreit werden. Die herrschende Lehre verneint das, weil der Gläubiger noch nicht befriedigt

---

[47] Vgl. Ofer Bem. I, 2d zu Art. 312.
[48] Anders v. Tuhr a. a. O. S. 232. Er nimmt an, Schriftlichkeit sei beim abstrakten Versprechen vorauszusetzen.
[49] Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 29.
[50] Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 573 und 575.
[51] Vgl. Ofer II, 2b zu Artikel 116.
[52] Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 573.

ist[53]. Bei der datio in solutum werden im Gegensatz zur Neuerung die übrigen Gesamtschuldner befreit.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß das Schw. O. R. zwischen der Novation und der datio in solutum scheidet. Die Novation zerfällt in eine causale und eine abstrakte. Zur causalen Novation wird auch die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen gerechnet.

§ 7.

Das Französische Recht.

Das Französische Recht fußt auf dem römischen Recht. Das Problem verschiebt sich gegenüber dem Gemeinen Recht durch die Zulassung von Prozeßverträgen. Die Parteien können vereinbaren, daß im Prozeß eine Tatsache als zugestanden gelten oder eine Einrede nicht erhoben werden solle. Deshalb kommt man im materiellen Recht ohne abstrakte Schuldversprechen durch. Es sind grundsätzlich nur Verträge mit einer bestimmten materiellen causa zugelassen (Art. 1131); wird allerdings ein Schuldschein ohne Nennung des Causalverhältnisses ausgestellt, so spricht eine Vermutung für den Bestand einer bestimmten materiellen causa (Art. 1132). Die Novation ist daher ein causales Rechtsgeschäft.

Der code civil scheidet in Art. 1271 zwischen der Novation unter denselben Personen, der Novation mit Gläubigerwechsel und der Novation mit Schuldnerwechsel. Die Novation ist entweder eine vollkommene[54]; bei ihr wird das Wesen der Obligation geändert, z. B. der Leistungsinhalt und für sie gelten die Regeln des Gesetzes. Werden nur Nebenbestimmungen, z. B. Ort und Zeit der Zahlung geändert, so liegt eine unvollkommene Novation vor, die nach Zachariä nach Analogie der vollkommenen Novation zu behandeln ist. Eine Ausnahme hievon, also echte Vertragsänderung, liegt nur vor, wenn die frühere Obligation in der neuen eingeschlossen ist, also bei Ergänzung und Teilverzicht. Die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen wird als Novation aufgefaßt.

Bei der Novation wird der Nachdruck auf die Aufhebung der alten Obligation gelegt[55]. Diese fehlt bei der Anerkennung, die deshalb keine Novation ist, auch nicht, wenn es sich um die Klagbarmachung von Naturalobligationen handelt. Das Urteil enthält keine novatio necessaria, weil es nur Anerkennung ist.

Die datio in solutum enthält immer eine Novation[56]. Soll anstelle von geschuldeten Mk. 1000.— eine Zimmereinrichtung geliefert werden, so wird zunächst durch Novation an die Stelle einer Forderung auf Zahlung von Mk. 1000.— eine Forderung auf Lieferung einer Zimmereinrichtung gesetzt, die dann erfüllt wird.

[53] Vgl. einerseits v. Tuhr a. a. O. S. 696, Oser 1b zu Art. 147, andererseits J. Haberstich, Handbuch des Schw. O. R. 1884/85 Bd. I S. 221 und Rossel: Manuel du droit civil Suisse 1911 S. 188.

[54] Vgl. Zachariä v. Lingenthal: Handbuch des Französischen Zivilrechts 7. Aufl. 1886, § 383 S. 386/87.

[55] Vgl. Zachariä a. a. O. Bd. II § 323 Anm. 5a und c. c. Art. 1234.

[56] Vgl. Zachariä a. a. O. Bd. II Anm. 3a zu § 309, Anm. 9 zu § 316.

Diese Ausführungen zeigen, daß die Novation ohne Personenwechsel im Französischen Recht ein ausgedehntes Anwendungsgebiet besitzt. Die Aenderungen eines Schuldverhältnisses werden meist, die Umwandlungen von Kaufpreis- usw. Forderungen in Darlehensschulden und die Hingabe an Erfüllungsstatt immer mittelst der Novation vorgenommen. Der code civil kennt die Schuldübernahme noch nicht. Ein Wechsel in der Person des Schuldners kann nur durch Novation vollzogen werden. Für diesen Fall gelten die Sondervorschriften der Art. 1274/76, 1279. Die Zession ist in Art. 1689 ff. anerkannt. Da sie im allgemeinen dem Parteiinteresse mehr entspricht als die Novation mit Gläubigerwechsel, wird diese verhältnismäßig selten sein. Einer Form bedarf die Novation nicht.

Ist durch einen beschränkt geschäftsfähigen Schuldner noviert worden, so ist die Novation nichtig; die alte Forderung bleibt bestehen (Art. 1272). Die Novation ist also ein einheitliches Rechtsgeschäft[57], das nicht in zwei Teile: Aufhebung einer Obligation und Begründung einer neuen zerschlagen werden darf (in diesem Fall wäre die Aufhebung als lukratives Geschäft für den Minderjährigen gültig und der Ausgleich müßte im Wege der Bereicherung gefunden werden). Schief ist der Ausdruck Stabels[58]: die alte Forderung lebe in diesem Falle wieder auf; in Wahrheit erlischt sie gar nicht. War die alte Forderung nichtig, so entsteht auch die neue nicht[59].

Gemäß Art. 1278 cc. gehen die Privilegien und Hypotheken an sich auf die neue Schuld nicht über. Eine Ausnahme besteht jedoch, wenn sich der Gläubiger den Uebergang bei der Novation ausdrücklich vorbehält. Die Möglichkeit der Aufrechterhaltung durch Vorbehalt ist dringendes Bedürfnis in Anbetracht des großen Anwendungsgebiets der Novation auf Kosten der Schuldabänderung. Deshalb gilt sie nicht nur für den Fall, wo Hypothekenschuldner und persönlicher Schuldner identisch sind, sondern schlechthin, wie sich schon aus der allgemeinen Fassung des Art. 1278 ergibt. Nur kann die Verpflichtung des Hypothekenschuldners, wenn er mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch ist, nicht erweitert werden. Daß der Uebergang der Privilegien und Hypotheken nicht schlechthin vermutet wird, ist die Folge der Unterstellung der datio in solutum unter den Begriff der Novation; da bei dieser sofort erfüllt wird, braucht der Gläubiger Sicherungen und Privilegien nicht mehr.

Nach Art. 1281 werden die übrigen Solidarschuldner durch die Novation eines Solidarschuldners mit dem Gläubiger grundsätzlich befreit. Die Novation kann jedoch unter der Bedingung vorgenommen werden, daß die übrigen Solidarschuldner beitreten[60] und dann versteht es sich von selbst, daß es auf die Erfüllung dieser Bedingung ankommt.

Zusammenfassend ist zu sagen: Die Zulassung der Prozeßverträge verschiebt das Problem teilweise ins prozessuale Gebiet. Das Anwendungsgebiet der Novation ist sehr groß. Das Verhältnis zur datio in

---

[57] Vgl. Stabel, Institutionen des Französischen Zivilrechts, 2. Aufl. 1883 S. 422.
[58] Vgl. Stabel a. a. O. S. 376.
[59] Vgl. Zachariä a. a. O. Bd. II S. 387.
[60] Vgl. Stabel a. a. O. S. 337.

solutum ist eigenartig, aber nicht unsachgemäß geregelt: es kommt klar zum Ausdruck, daß die Novation keine Befriedigung des Gläubigers enthält, wohl aber die datio in solutum. Die Novation wird als einheitliches Rechtsgeschäft aufgefaßt. Beim Uebergang der Privilegien und Hypotheken ist eine Regelung getroffen, die von der im Gemeinen, Preußischen und Schweizerischen Recht getroffenen vorteilhaft abweicht.

§ 8.
Die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Das BGB. hat die Novation nicht als besonders benanntes Rechtsinstitut aufgenommen. Die Ausdrücke Novation, Neuerung, Umschaffung finden sich in ihm nicht. Damit steht es im Gegensatz zum Französischen, Preußischen und Schweizerischen Recht. Es erhebt sich nun die Frage, ob daraus zu schließen ist, daß der Begriff „Novation" für das heutige Recht seine Bedeutung vollständig verloren hat oder ob nicht das Fortleben des römisch-gemeinrechtlichen Novationsbegriffs aus den positiven Normierungen des Gesetzes entnommen werden kann.

Zu dieser Frage sagen die Motive zu § 264 (jetzt 364): „Die Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt soll der datio in solutum gleichgestellt werden. Bürgen und Pfänder werden frei." Die Motive zum damaligen § 314 (jetzt 414) sagen: „Die Novation ist, auch sofern sie den Wechsel in der Person des Schuldners bezweckt, von dem Entwurf als besonderes Institut nicht aufgenommen. Sie wird in dieser Richtung durch die Schuldübernahme in gewissem Sinne ersetzt." Es hat also den Anschein, als ob die gesetzgeberischen Faktoren das BGB., mindestens die Redaktoren des Entwurfs des BGB. die Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit „an Erfüllungsstatt" der Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt gleichstellen wollten. (Vgl. auch Motive Bd. 2 S. 78.) Diese Ansicht scheint auch Eingang ins Gesetz gefunden zu haben. Die Vermutung gegen die Ersetzungsabsicht bei der Begründung einer neuen auf Leistung desselben Gegenstandes gerichteten Obligation befindet sich in § 364 Abs. 2 BGB. inmitten der Bestimmungen über die datio in solutum. § 812 Abs. 2 BGB. sagt ausdrücklich, daß als Leistung im Sinne des Bereicherungsrechts auch ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis zu gelten habe. Nun sind aber die Materialien nicht Gesetz. Bei der Regelung von Einzelfragen dürfen solche allgemeine Aeußerungen der Motive nicht verwertet werden, am wenigsten dann, wenn sie sich in den Protokollen und später nicht mehr finden. Ob es zutrifft, daß die Bestimmungen über die Leistung an Erfüllungsstatt in allen Fällen zur Anwendung kommen, in denen eine neue Forderung durch Parteivereinbarung an die Stelle einer alten gesetzt werden soll, ist unabhängig von jenen Aeußerungen zu untersuchen. Es kann sich also nur darum handeln, was durch die Gesetzesstellen, in denen die Auffassung der Motive durchschlägt, positiv geregelt werden sollte. Dafür, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, durch die Einordnung und Fassung der einzelnen Paragraphen eine vollständige Regelung der verschiedenen z. T. gar nicht, z. T. nur unvoll-

ständig angeschauten Interessenkonflikte zu geben, spricht besonders, daß die Novation zur Zeit der Schaffung des BGB. noch weithin ungeklärt war. Die bis dahin vorliegenden Rechtsordnungen wiesen, wie der historische Ueberblick gezeigt hat, erhebliche Verschiedenheiten auf und innerhalb der einzelnen Rechtsordnungen, besonders im Gemeinen Recht, machten eine Reihe von Streitfragen den Rechtszustand unsicher. Eine derart ungeklärte Materie wollte der Gesetzgeber sicher nicht abschließend regeln. Damit hätte er ja der Rechtsentwicklung Tür und Tor verschlossen. § 364 Abs. 2 BGB. bezieht sich auf eine Einzelfrage; die Regelung anderer Einzelfragen sollte durch die Stellung dieser Bestimmung nicht erfolgen. § 812 Abs. 2 BGB. enthält eine Spezialvorschrift für das Bereicherungsrecht, die nur dann als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips angesehen werden dürfte, wenn ihr Grundgedanke, Gleichstellung der Uebernahme einer neuen abstrakten Verbindlichkeit mit der Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt, auch sonst zu angemessenen Ergebnissen führte.

Stoll[61] hat gegen die Verwendung des Novationsbegriffs im geltenden Recht eingewandt, die Tilgung der alten Obligation sei im klassischen römischen Recht auf Grund der Verwendung der Stipulationsform erfolgt. Eine Parallelle hierzu gebe es im geltenden Recht nicht. Das ist zuzugeben[62]. Allein jedes Rechtsinstitut entwickelt sich im Lauf der Geschichte. Es kann sich bei der Frage, ob ein Rechtsinstitut der Vergangenheit in der Gegenwart noch von Bedeutung ist, nicht darum handeln, jede Einzelheit der Vergangenheit in der Gegenwart nachzuweisen; der Entwicklung des Instituts muß Rechnung getragen werden und deshalb ist von dem Novationsbegriff des 19. Jahrhunderts auszugehen. Diesem ist im Gemeinen, Französischen, Schweizerischen und Preußischen Recht gemeinsam, daß Grund der aufhebenden Wirkung nicht die Form der neuen Obligation, sondern der Wille der Vertragsparteien ist. Novation ist demnach die von den Parteien gewollte Ersetzung einer Obligation durch eine neue, wobei die Aufhebung der alten Verbindlichkeit das Aequivalent für die Uebernahme der neuen bildet.

Ehe zur Formulierung des Novationsproblems nach dem Recht des BGB. geschritten werden kann, müssen die Fälle ausgeschieden werden, in denen zweifellos keine Novation vorliegt. Das gilt zunächst von der Zession und der Schuldübernahme. Die § 414 und 398 BGB. lassen durch die bewußt gewählte Fassung keinen Zweifel darüber bestehen, daß es zur Vornahme eines Personenwechsels auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite nicht der Aufhebung der alten und der Begründung einer neuen Obligation bedarf, daß vielmehr die Forderung unter Wahrung ihrer Identität auf den neuen Gläubiger übertragen bzw. durch den neuen Schuldner übernommen wird. Die Motive zu § 314 (jetzt 414) BGB. sagen das bezüglich der Schuldübernahme ausdrücklich. Es fragt sich nur, ob nicht die dort vertretene Annahme, die Novation mit Schuldnerwechsel sei schlechthin durch die Schuldübernahme ersetzt, zu weit geht. Diese

[61] Vgl. Stoll Jur. W. 1928 S. 962 ff.
[62] Vgl. oben § 3 a. A.

Frage wird im folgenden Paragraphen u. a. behandelt werden. Durch die Zulassung der Schuldübernahme unterscheidet sich das BGB. vom code civil und vom Schweizer O. R. von 1881.

Bei der Bestätigung nichtiger Rechsgeschäfte fehlt das Tatbestandsmerkmal der alten Obligation. Deshalb nimmt § 141 BGB. in diesem Fall mit Recht erneute Vornahme des Geschäfts an.

Bei der Umwandlung eines ganzen Schuldverhältnisses, etwa wenn das gepachtete Landgut unter Aufhebung des Pachtvertrags an den Pächter verkauft wird, sind die Aufhebung des alten und der Abschluß des neuen Vertrags zwei getrennte Rechtsgeschäfte, es liegt also keine Novation vor. War das alte Rechtsgeschäft nichtig, bleibt das neue doch vollgültig. Das schließt nicht aus, daß der alte Vertrag zur Auslegung des neuen herangezogen wird, etwa wenn beim Kauf des gepachteten Landguts durch den Pächter strittig ist, ob eine Parzelle oder Inventarstücke mitverkauft sind oder nicht.

Die Hingabe einer Sache oder eines absoluten Rechts an Erfüllungsstatt wird nicht als Novation konstruiert, es wird einfach etwas anderes als das ursprünglich Geschuldete geleistet. Die datio einer Sache in solutum vollzieht sich also rein im Erfüllungsstadium, ohne daß sich die obligatorischen Beziehungen zwischen den Parteien vorher ändern würden. Geschuldet bleibt nach wie vor der ursprünglich geschuldete Gegenstand. Dadurch unterscheidet sich das BGB. vom Französischen Recht, das davon ausgeht, daß bei der datio in solutum zunächst unter Aufhebung der Verpflichtung auf das ursprünglich zu Leistende eine Verpflichtung auf das an Erfüllungsstatt zu Leistende begründet und diese Verpflichtung dann erfüllt werde. Der Unterschied ist von Bedeutung, wenn gemäß § 365, 459, 462 BGB. gewandelt wird. In diesem Fall wird die Forderung auf das ursprünglich zu Leistende wieder hergestellt.

Das Besitzkonstitut enthält keine Novation, weil zwischen den Parteien keine bestehende Schuld aufgehoben wird. Der ganzen historischen Entwicklung nach sind dingliche Rechtsverhältnisse nicht unter den Begriff Novation zu bringen.

Endlich ist nach dem BGB. die Schuldabänderung unter Wahrung der Identität der Forderung, also ohne Novation möglich (§ 305 BGB.). Damit steht das BGB. im Gegensatz zum klassischen römischen Recht, nach dem die Abänderung einer bestehenden Schuld, wenn es sich nicht um Teilaufhebung handelte, nur im Wege der Novation vorgenommen werden konnte, und weiter zum Französischen Recht, das in diesen Fällen das Vorliegen einer unvollkommenen Novation annimmt.

Die entscheidende Frage ist: Gibt es eine Ersetzung einer Obligation durch eine andere, die sich von der Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt einerseits, von der Schuldabänderung andererseits unterscheidet? Gesetz und Gesetzgebungsgeschichte geben darüber keinen Aufschluß. Aus § 364 Abs. 2 BGB. ergibt sich, daß die Ersetzung einer Obligation durch eine andere möglich ist, wenn auch die Vermutung gegen die Ersetzungsabsicht der Parteien spricht. Zur Ersetzung geeignet sind sicher die Schuldversprechen und

Schuldanerkenntnisse der § 780/81 BGB. und der Wechsel, sowie sonstige abstrakte Verpflichtungsgeschäfte des Handelsrechts. Die Ersetzung der alten Obligation durch eine neue abstrakte Verbindlichkeit soll im folgenden mit der neueren Rechtsprechung im Anschluß an das Preußische Recht Umschaffung genannt werden. Es ist weiter zu untersuchen, ob die Ersetzung einer bestehenden Obligation durch eine neue nicht auch mittelst eines causalen Schuldumwandlungsvertrags im Sinne von Enneccerus erfolgen kann oder ob sich durch die Zulassung der abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse des BGB. dieselbe Situation ergibt wie im römischen Recht, wo die neu begründete Forderung schlechthin formbedürftig war. Es fragt sich endlich, ob nicht auch unter § 607 Abs. 2 BGB. Fälle zu rechnen sind, in denen eine bestehende Obligation durch eine neue ersetzt wird. Nachdem auf diese Weise dargetan ist, wie sich nach geltendem Recht die Ersetzung einer bestehenden Obligation durch eine neue vollziehen kann, sind die einzelnen Wirkungen zu untersuchen, die diese Fälle auslösen. Soweit das Gesetz keine Auskunft gibt, muß aus der Interessenlage heraus eine den Bedürfnissen beider Parteien möglichst gerecht werdende Lösung gesucht werden. Diese Wirkungen sind mit denen der Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt und mit denen der Schuldabänderung zu vergleichen und dann erst kann entschieden werden, ob es einen Sinn hat, neben der datio in solutum und der Schuldabänderung einen besonderen Rechtsbegriff Novation, Neuerung oder Umschaffung zu führen.

II. Teil.

Die Tatbestände, bei welchen die Frage der Novation aufgeworfen werden kann.

§ 9.

Die Umschaffung[68].

Es ist jedenfalls möglich, daß eine bestehende Obligation dadurch getilgt wird, daß ein selbständiges Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis i. S. der § 780/81 BGB. oder ein Wechsel an ihre Stelle gesetzt wird. Ehe die Frage, ob das neue Schuldversprechen erfüllungshalber neben die alte Obligation tritt oder diese ersetzt, untersucht werden kann, muß kurz dargelegt werden, wann ein selbständiges Schuldversprechen vorliegt.

Zunächst muß die Möglichkeit selbständiger Klagbegründung auf das neue Versprechen gegeben sein. Das schließt nicht aus, daß auf die alte Obligation durch ausdrückliche Klauseln Bezug genommen wird. Der Entwurf I ließ die Frage, ob ein abstraktes Schuldversprechen vorliege, weiterhin davon abhängen, ob der Verpflichtungsgrund nicht oder nur allgemein angegeben wurde. Dies war eine Folge der verhältnis-

[68] Vgl. Rümelin, Ziv. Arch. 97, 277 ff.

mäßigen Neuheit der gesetzlichen Regelung des Instituts: Man klammert sich an die äußere Erscheinungsform, die man leichter erfassen kann als den materiellen Gehalt, den man noch nicht hinreichend übersieht. Obwohl diese Fassung später bewußt fallen gelassen wurde [64], kommen viele Schriftsteller bis heute nicht wesentlich darüber hinaus. Man hilft sich gewöhnlich mit der unbestimmten Wendung: Je unbestimmter und allgemeiner der Hinweis auf den Schuldgrund ist, desto eher ist die neue Obligation abstrakt[65]. In Wahrheit kann die Angabe des Schuldgrunds verschiedenen Zwecken dienen: Sie kann zeigen, daß die alte Obligation weiterbestehen solle, ohne daß eine neue sie ersetzen oder an ihre Seite treten sollte, sie kann zeigen, daß zur Begründung der neuen Verbindlichkeit teilweise auf die alte Bezug genommen werden sollte oder sie soll nur Identifikationszwecken dienen. Im letzteren Fall steht auch die sehr genaue Angabe des Schuldgrunds der Annahme eines abstrakten Versprechens nicht entgegen. Dies gilt besonders in den Fällen, in denen der Betrag der neuen Obligation nicht erkennen läßt, welche frühere Obligation gemeint war: Beim Vergleich bei der Festsetzung einer bisher unbestimmten Schadenssumme, beim Teilanerkenntnis oder wenn bei einem Sukzessivlieferungsvertrag 10 mal je 10 Tonnen Eisen zu einem bestimmten Preis bezogen werden, so daß der Betrag der einzelnen Forderungen gleich hoch ist. Beim Schuldanerkenntnis werden die Parteien regelmäßig sagen, was anerkannt werden soll. Aus der Schriftform läßt sich nicht schließen, daß es sich um die Begründung einer abstrakten Forderung handelt. In den Fällen des § 782 BGB. ist sie nicht erforderlich und wo sie gewählt ist, kann es sich ebensogut um einen Beweisschuldschein handeln. Als Voraussetzung für das Vorliegen eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses darf auch nicht das Vorliegen einer auf bestimmte rechtliche Konstruktionen abgestellten Parteiabsicht verlangt werden. Etwa das Vorliegen der Absicht, sich selbständig zu verpflichten. Eine solche, auf rechtliche Konstruktionen abgestellte Parteiabsicht fehlt in aller Regel und außerdem ist sie als subjektiver innerer Vorgang schwer zu beweisen[66]. Das könnte anders werden, wenn sich die Rechtsfigur des abstrakten Schuldversprechens einmal mehr im Volksbewußtsein eingebürgert hat. Dann könnte es sein, daß die Parteien einen technisch geformten auf bestimmte Rechtsfolgen abgestellten Willen hätten. Aber auch dann noch wäre die Gefahr der Unterstellung eines anderen als des ursprünglichen Willens durch die Parteien sehr groß. Vorerst bleibt uns nichts anderes übrig, als auf die allerdings durch die Parteiabsichten bestimmten Geschäftszwecke abzustellen. Hier kommen in Frage: Der Klagerleichterungszweck, der Zirkulationszweck, der Feststellungs- und Außerstreitsetzungszweck,

---

[64] Vgl. Protokolle Bd. 2 S. 500 Antrag 4 a u. S. 507.

[65] Vgl. z. B. Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 2, § 421, I 1a; auch RGZ. 67, 263 enthält noch den zu allgemeinen Passus, daß die Aufnahme eines bestimmten materiellen Schuldgrunds die Annahme eines abstrakten Versprechens so gut wie ausschließe.

[66] Vgl. Rümelin, Ziv. Arch. 97, 331.

der Schuldabänderungs- und Schuldumwandlungszweck, und der Klagbarmachungszweck bei Naturobligationen.

Es ist nun zu untersuchen, wann die Uebernahme der neuen abstrakten Verbindlichkeit erfüllungshalber erfolgt und wann Umschaffung im Sinne der Ersetzung der alten Obligation durch die neue abstrakte vorliegt[67]. Gemäß § 364 Abs. 2 BGB. erfolgt die Hingabe des abstrakten Versprechens im Zweifel erfüllungshalber. Wer die Ersetzung der alten Obligation durch die neue behauptet, hat die Ersetzung zu beweisen (vgl. RGZ. 119, 24), ebenso wie nach justinianischem und Gemeinem Recht der animus novandi nachgewiesen werden mußte. Dieser Beweis kann in aller Regel nur durch Klarlegung der Geschäftszwecke geführt werden[68]. Eine abschließende Formel hierfür gibt es nicht (RGZ. 119, 24). Beim bloßen Klagerleichterungszweck kommt die Ersetzung nicht in Frage. Soll durch die Hingabe eines abstrakten Schuldversprechens eine Forderung zirkulationsfähig gemacht, d. h. die Veräußerung oder Verpfändung der Forderung erleichtert werden[69], wird die Ersetzung der alten Forderung durch die neue äußerst selten sein. Allerdings wird in diesen Fällen in erster Linie das abstrakte Schuldversprechen geltend gemacht und nur subsidiär auf die causale Forderung zurückgegriffen werden sollen. Wird die causale Forderung geltend gemacht, so braucht der Schuldner nur gegen Rückgabe der Urkunde, die das abstrakte Versprechen enthält, zu leisten. Bei einer Abrechnung, bei der der Rückgriff auf die einzelnen Forderungen ausgeschlossen werden soll, bildet die Ersetzung der alten Forderung durch die neue Regel[70]. Abrechnung liegt nicht nur vor, wenn sich auf beiden Seiten Posten gegenüberstehen, sondern auch, wenn eine Partei gegen die andere mehrere Forderungen hat, die zusammengefaßt und durch eine neue Forderung ersetzt werden sollen[71]. Auch wenn es sich darum handelt, daß auf alle Einwendungen und Einreden verzichtet werden soll, soll die neue Obligation regelmäßig die alte ersetzen. Die unsichere alte Klagbasis soll in diesem Fall ganz ausgeschaltet werden. Daran schließen sich die Fälle an, in denen die Parteien von der Tendenz der Gesamtregelung beseelt sind, d. h. alle Beziehungen, die zwischen ihnen bestehen, zusammenfassen und durch eine neue Obligation ersetzen wollen, z. B. wenn eine Partei nach Amerika auswandert oder zwei Geschäftsfreunde in Streit geraten und alle ihre Beziehungen glatt stellen wollen oder ein Schuldner, der sich in Zahlungsschwierigkeiten befindet oder seine Verhältnisse nicht mehr übersieht, mit seinem Gläubiger einen Generalakkord abschließt. Beim Vergleich ist Ersetzung anzunehmen,

[67] Die Frage, ob die Umschaffung ein Unterfall der datio in solutum ist oder ob sie sich von dieser unterscheidet, soll im dritten Teil der Abhandlung behandelt werden.

[68] RGZ. 113, 205 formuliert: Es könne aus den Umständen auf den „Novationswillen" geschlossen werden.

[69] Einen solchen Fall enthält RGZ. 108, 410. Hier wurde eine Forderung auf Lieferung von Zink durch die Ausstellung abstrakter Zinkbezugscheine zirkulationsfähig gemacht.

[70] Vgl. Rümelin, Ziv. Arch. 98, 190. ff.

[71] Vgl. RGZ. 95, 18; unrichtig RGZ. 78, 168.

wenn der Bestand der alten Forderung Gegenstand des Vergleichs war, denn in diesem Fall hat es keinen Sinn, die alte unsichere Forderung noch geltend zu machen. Ebenso ist Ersetzung anzunehmen, wenn die eine Vertragspartei auf Grund des Vergleichs ein aliud leisten soll, etwa an Stelle der Zahlung von Mk. 1000.— für Ausbesserungsarbeiten an einem Haus ein Grundstück übereignet werden soll.

Ehe auf die Frage eingegangen werden kann, ob die Hingabe eines abstrakten Versprechens für eine Naturalobligation erfüllungs- oder umschaffungshalber erfolgt, muß untersucht werden, ob die Klagbarmachung von Naturalobligationen formlos oder nur nach § 780/81 BGB. geschehen kann. Auf besonderem Boden steht die Verjährung. Ein formloser Verzicht auf die Einrede der Verjährung ist zulässig. Dieser ist z. B. in der Umwandlung der, wie dem Schuldner bekannt ist, verjährten Forderung in ein Darlehen enthalten. Die Einrede der Verjährung ist auch ausgeschlossen, wenn der Schuldner in Unkenntnis der Verjährung ein „vertragsmäßiges Anerkenntnis" abgibt. Aus den Protokollen zu § 182 (jetzt 222) Bd. I S. 232 und 235 ergibt sich, daß mit dem vertragsmäßigen Anerkenntnis die abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse gemeint sind. Das sagt auch die Denkschrift zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches ausdrücklich auf S. 56. II. I, Tit. 9 § 564 des Preuß. Allg. Landrechts, der der Bestimmung des § 222 Abs. 2 Satz 2 BGB. zum Vorbild diente, sagt, „ein Anerkenntnis des verloschenen Rechts hebe die Wirkung der bereits vollendeten Verjährung nur dann auf, wenn aus diesem Anerkenntnis nach den Gesetzen ein neuer Rechtsgrund entsteht."

Der Gesetzgeber beabsichtigt bei Naturobligationen, daß der Schuldner nicht zur Zahlung gezwungen werden solle; höchstens freiwillige Zahlung ist erwünscht. Der Schuldner soll sich überlegen, ob er zahlen kann oder will. Ein Schuldner, der einen Zwangsvergleich im Konkurs oder einen Vergleich zur Abwendung des Konkurses nach der Vergleichsordnung vom 5. 7. 27[72] abgeschlossen hat, wird sich regelmäßig unter sehr gedrückten Verhältnissen eine neue Existenz schaffen müssen. Er soll sich gründlich überlegen, ob er durch die Klagbarmachung der Ausfallforderung seine Lage noch erschweren will. Gibt ein Vater seinem Sohne eine Ausstattung, so wird er, wenn er nicht gleich bezahlen muß, gern über seine Kräfte Versprechungen gewähren. Das gilt auch für die sittlichen Pflichten, soweit sie Naturobligationen sind[73] Diese Ueberlegung wird beim selbständigen Schuldversprechen, das grundsätzlich schriftlich erteilt werden muß, viel eher gewährleistet als bei der formlosen Vereinbarung, die Schuld solle klagbar sein[74]. Aus § 222 Abs. 2 BGB. darf kein argumentum e contrario gezogen werden. Hier ist gesagt, ein Schuldversprechen könne selbst dann nicht kondiziert werden, wenn es in Unkenntnis der Verjährung abgegeben wird. Es wird also noch besonders

[72] Vgl. Bendix, Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Leipzig 1927 S. 163.
[73] Vgl. Rümelin, Ziv. Arch. 97, 302 ff.
[74] Vgl. Rümelin, Ziv. Arch. 97, 304.

betont, was sich für die übrigen Naturalobligationen aus § 814 BGB. ergibt, soweit es sich nicht etwa wie bei Spiel und Wette um gesetzlich bis zu einem gewissen Grad mißbilligte Tatbestände handelt. Beruht die Klaglosigkeit auf Parteivereinbarung, so kann die Klagbarkeit durch die formlose Verabredung, die Forderung solle nun doch klagbar sein, wiederhergestellt werden. Hier wird das früher abgeschlossene pactum de non agendo wieder aufgehoben. Auch der Anspruch auf Verwendungsersatz im Sinne der § 1000/01 kann formlos klagbar gemacht werden, weil in einer solchen Verabredung die Genehmigung der Verwendungen enthalten ist. Da bei der Eheruhe nach § 1394 BGB. die gerichtliche Geltendmachung der Forderung nur gehemmt, aber nicht ausgeschlossen ist, würde Enneccerus[75] diesen Fall besser nicht als Naturobligation bezeichnen. Hier wird selbstverständlich auch die gerichtliche Geltendmachung eines abstrakten Versprechens gehemmt.

Nun ist zu untersuchen, ob in den Fällen, in denen eine Naturobligation durch Hingabe eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses klagbar gemacht wird, die neue Forderung die alte ersetzt oder ob sie erfüllungshalber neben die alte Obligation tritt. Alle Rechtsvorteile, die die alte Obligation dem Gläubiger gewährte, sind in der neuen abstrakten Forderung enthalten. Diese erweist sich als klagbare Obligation viel wirksamer als die alte unvollkommene Verbindlichkeit. Da das Fortbestehen der Naturalobligation neben der klagbaren neuen Forderung für den Gläubiger demnach keinen Wert hat, wird regelmäßig die neue klagbare Forderung die alte unvollkommene Verbindlichkeit ersetzen sollen.

Außer durch abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse kann die alte Forderung auch durch Wechselforderungen ersetzt werden[76]. Der Wechsel ist grundsätzlich Zirkulationspapier zu dem Zweck, dem Remittenten durch die Weiterbegebung Geld zu verschaffen. Für solche Wechsel gilt entsprechend, was über die zum Zweck der Zirkulation ausgestellten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse ausgeführt wurde. Sie werden regelmäßig erfüllungshalber hingegeben mit der Maßgabe, daß in erster Linie die Wechselforderung geltend gemacht und nur subsidiär auf die causale Forderung zurückgegriffen werden soll. Insbesondere sind auch Ausdrücke wie „per Akzept beglichen", „Betrag mit Akzept erhalten" zweideutig und es darf aus ihnen nicht schlechthin die Ersetzung der alten Obligation durch die Wechselforderung gefolgert werden. Maßgebend ist vielmehr der Handelsbrauch. Viele Wechsel, besonders auch Solawechsel, werden dem Gläubiger nicht zur Weiterbegebung, sondern lediglich dazu ausgefolgt, ihm das später evtl. erforderlich werdende Einklagen der Forderung zu erleichtern. Diese Wechsel sollen nicht zirkulieren. Häufig finden sich hier Prolongationsvereinbarungen. Der Wechsel soll nach Fälligkeit nicht bezahlt werden, vielmehr soll unter Berücksichtigung einer etwaigen Teilzahlung ein neuer

[75] Vgl. Enneccerus I, 2 § 227, 4 g.

[76] Auf die abstrakten Verpflichtungsgeschäfte des Handelsrechts, insbesondere die kaufmännische Anweisung, soll nicht näher eingegangen werden.

Wechsel an die Stelle des alten treten. Diese Klagerleichterungswechsel treten immer erfüllungshalber neben die alte Forderung.

Es wurde bisher sowohl bei der Ersetzung der alten Obligation durch ein Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis im Sinne der § 780/81 BGB. als auch bei der Ersetzung durch einen Wechsel stillschweigend vorausgesetzt, daß die alte und die neue Forderung zwischen denselben Personen bestünden. Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt, daß mit der Umschaffung ein Wechsel in der Person des Gläubigers oder in der Person des Schuldners verbunden sein kann, wenn diese Fälle auch nach der Zulassung der Zession und der Schuldübernahme selten sein werden. Zu weit gehen die Motive zu § 314 (jetzt 414), wenn sie die „Novation" mit Schuldnerwechsel als schlechthin durch die Schuldübernahme ersetzt ansehen[77]. Man denke etwa an folgenden Fall: Der Schuldner A will nach Amerika auswandern; sein Bruder B schließt mit dem Gläubiger X einen Vertrag ab, auf Grund dessen sämtliche Beziehungen zwischen X und A erledigt sein und eine abstrakte Forderung des X gegen B an ihre Stelle treten solle.

Auch für die Umschaffung mit Gläubigerwechsel mag in manchen Fällen ein Bedürfnis bestehen. Diese hat vor der Zession das voraus, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber die Schuld anerkennt.

Zum Schluß ist zu untersuchen, in welchem Verhältnis bei der Umschaffung die neue abstrakte Forderung zu der alten steht. Zur Klagbegründung genügt die Behauptung, es sei ein selbständiges Schuldversprechen oder ein Wechsel hingegeben worden. Es braucht nicht auf das Causalverhältnis eingegangen zu werden. Die Aufnahme von Bedingungen in das abstrakte Schuldversprechen ist unbeschränkt zulässig. Die Bedingung kann in einer Gegenleistung des andern Teils bestehen. Es fragt sich nun, ob nicht als Bedingung für das Zustandekommen des Schuldversprechens das Erlöschen einer gültigen alten Obligation als durch die Parteien stillschweigend vereinbart zu vermuten ist. Das ist abzulehnen. Liegt der Umschaffung ein Vergleich über das Bestehen oder Nichtbestehen der alten Forderung zugrunde, so soll das Erlöschen einer gültigen Obligation sicher nicht Bedingung für das Zustandekommen der neuen sein. Ebenso ist es, wenn die Parteien alle zwischen ihnen bestehenden Beziehungen abschließend regeln wollten sowie beim generellen Einrede- und Einwendungsverzicht. Die Fälle, in denen das Erlöschen einer gültigen alten Forderung überhaupt nicht Bedingung für das Zustandekommen der neuen sein kann, sind also so häufig, daß von einer Vermutung für die stillschweigende Vereinbarung dieser Bedingung bei der Umschaffung nicht die Rede sein kann. Wohl aber kann die Aufhebung einer gültigen alten Obligation durch ausdrückliche Parteivereinbarung

[77] V. Heck wendet sich in seinem Grundriß des Schuldrechts § 69, 4 und § 74, 7 nicht gegen die Unterscheidung eines Gläubiger- oder Schuldnerwechsels durch Umschaffung von der Zession und der Schuldübernahme im Sinne der § 398 ff. 414 ff. BGB., er hält lediglich die gemeinrechtliche Streitfrage, ob es eine Sondernachfolge in Forderungen und Schulden gebe, für ein Formulierungsproblem.

zur Bedingung des Zustandekommens der neuen Forderung gemacht werden. Diese Bedingung bedarf nicht der Schriftform[78]. Regelmäßig werden jedoch die Parteien die Bedingung in die Urkunde aufnehmen. Da eine praesumptio facti für die Vollständigkeit der Urkunde spricht, hat der Schuldner das Bestehen der Bedingung zu beweisen. Eine Bedingung kann nicht schon in Wendungen wie: „Zur Tilgung der aus Kauf vom 24. 5. 29 geschuldeten M. 600.— verspreche ich usw." gefunden werden. Der Hinweis auf die alte Obligation kann in diesem Fall zu Identifikationszwecken erfolgt sein.

Es fragt sich weiter, ob die Aufhebung der alten und die Begründung der neuen Obligation Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts im Sinne des § 139 BGB. sind. § 139 BGB. dürfte auf das Verhältnis des abstrakten Versprechens zur causalen Schuld nicht anzuwenden sein[79]. Würde man annehmen, daß das abstrakte Versprechen immer schon dann nichtig ist, wenn es neben oder an die Stelle einer ungültigen Obligation tritt, so wäre die Bestimmung des § 812 Abs. 2 BGB., die für diese Fälle die Kondizierbarkeit des abstrakten Versprechens anordnet, überflüssig. Schafft daher ein beschränkt geschäftsfähiger Schuldner seine Schuld ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters um, so ist das von ihm abgegebene neue Versprechen nichtig, die Aufhebung der alten Schuld dagegen als lukratives Geschäft gültig und kondizierbar. Schafft ein beschränkt geschäftsfähiger Gläubiger seine Forderung ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters um, so ist die Begründung der neuen Schuld als lukratives Geschäft gültig und kondizierbar, die Aufhebung der alten Schuld dagegen nichtig. Wenn nach dem BGB. die Aufhebung der alten und die Begründung der neuen Obligation nicht Teile eines einheitlichen Geschäfts sind, stimmt seine Regelung mit der im Gemeinen, Preußischen und Schweizerischen Recht getroffenen überein. Anderer Ansicht ist der code civil (vgl. Art. 1272). Der Unterschied rührt daher, daß die Novation des code, der die abstrakten Schuldversprechen nicht kennt, ein causales Geschäft ist.

§ 10.

Die causale Schuldumwandlung.

Eine von einzelnen Schriftstellern[80] vertretene Meinung nimmt an, daß es neben der Umschaffung — Ersetzung einer bestehenden Forderung durch eine neue abstrakte — auch noch eine „causale Schuldumwandlung", Siber nennt sie „causale Novation", gebe. Bei dieser müsse der Kläger

[78] Vgl. RG. Recht 1925 Nr. 1271.

[79] Anders v. Heck, Schuldrecht § 66, 4 § 67, 3. Er wendet den § 139 BGB. dann auf das Verhältnis von causaler Schuld zu abstraktem Geschäft an, wenn eine „Geschäftseinheit" vorliegt, d. h., wenn beide Geschäfte eine Lebenseinheit darstellen. Das würde bei der Umschaffung auf das Verhältnis der Aufhebung der alten zur Begründung der neuen Forderung zutreffen. v. Heck würde deshalb bei der Umschaffung durch einen beschränkt geschäftsfähigen Schuldner oder Gläubiger Nichtigkeit sowohl der Begründung der abstrakten, als auch der Aufhebung der kausalen Forderung annehmen.

[80] Vgl. Enneccerus I, 2 § 298 III B, Siber bei Planck II, 1a γ zu § 305.

zum Beweis der neuen Forderung auch den Bestand der alten nachweisen. Im Gegensatz zur bloßen Schuldabänderung sollen hier die Sicherungsrechte erlöschen. Deshalb soll im Zweifel nur Schuldabänderung anzunehmen sein. Etwas undeutlich sagt Enneccerus, der „Schuldumwandlungsvertrag" unterscheide sich von der „Novation" (gleich Umschaffung) dadurch, daß die Erklärungen über die Aufhebung der alten und Begründung der neuen Forderung den Inhalt eines einzigen, mithin causalen Vertrags bilden. Klar ist dagegen die Fassung von Siber. Er sagt: Die causa der neuen Obligation ist die causa solvendi. Da im Schuldrecht Vertragsfreiheit herrscht, muß ein obligatorischer Vertrag mit der causa solvendi möglich sein. Würde man das verneinen, so könnte man mit demselben Recht die Zulässigkeit des formlosen Trödelvertrags verneinen.

Es erscheint fraglich, ob ein causaler Schuldumwandlungsvertrag mit den Wirkungen, die ihm Siber und Enneccerus zuschreiben, selbst wenn er zulässig wäre, vorkommen würde. Er widerspricht den Interessen beider Parteien. Der Gläubiger wird seine Sicherheiten nicht verlieren, der Schuldner den Verlust der Sicherheiten nicht mit einer Erhöhung des Zinssatzes oder mit einem anderen Entgelt bezahlen wollen. Für den Gläubiger bietet der Vertrag keine Erleichterung, weil er den Bestand der alten Forderung doch beweisen muß[81]. Das dürfte auch Grund dafür sein, daß (abgesehen vom Fall des § 607 Abs. 2 BGB., in dem aber auch in der Regel Schuldabänderung vorliegen soll[82]) kein Schriftsteller Beispiele für die causale Schuldumwandlung anzuführen vermag und daß sie in der Praxis keine Rolle spielt. Einredeverzichte, Verzicht auf die Geltendmachung einzelner Mängel, auf Anfechtungsrechte, Festsetzung der Höhe einer Schadensersatzforderung, was die Parteien evtl. mit der Vornahme einer causalen Schuldumwandlung bezwecken könnten, sind auch ohne die Annahme einer solchen im Wege einfacher Schuldabänderung möglich. Die Materialien kennen die causale Schuldumwandlung nicht.

Ehe die Frage, ob ein Vertrag mit der causa solvendi nicht wenigstens theoretisch möglich ist, behandelt werden kann, müssen die Grenzen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit abgesteckt werden, da die Begründung der Zulässigkeit der causalen Schuldumwandlung auf diesem Grundsatz aufgebaut ist. Die Freiheit der Parteien im Schuldrecht ist keine schrankenlose. Sie sind an Gesetz, gute Sitten und an die gesetzlichen Formvorschriften für bestimmte Rechtsgeschäfte gebunden. Eine weitere Schranke für den Parteiwillen wird dadurch gebildet, daß der Gesetzgeber von den Parteien das Ersichtlichwerden der causa des Geschäfts, Kauf-, Miet-, Werkvertrags- usw. causa verlangt. Wollen die Parteien

[81] Wegen dieser Gleichartigkeit der Beweislage für den Gläubiger und der Unmöglichkeit der Abgrenzung der Schuldumwandlung von der Schuldabänderung hält v. Heck a. a. O. § 59, 8 die Scheidung zwischen diesen beiden Instituten für untunlich und praktisch entbehrlich. Er hebt insbesondere mit Recht hervor, daß aus der Entscheidung dieser Formulierungsfrage keine Rechtsfolgen (etwa das Erlöschen der Sicherungen bei der causalen Schuldumwandlung) gewonnen werden dürfen.

[82] Vgl. Enneccerus I 2 § 265 II 5; § 362 III.

die causa nicht aufnehmen, so müssen sie den Vertrag schriftlich abschließen § 780 BGB. Nicht aber schließt umgekehrt die Nennung des Causalverhältnisses die Annahme eines abstrakten Schuldversprechens aus.

Die causa des causalen Schuldumwandlungsvertrags ist nach Siber die causa solvendi, die damit der Miet-, Kauf-, Werkvertrags- usw. causa gleichgestellt wird. Die Frage, ob diese Gleichstellung zulässig ist, kann ohne ein Eingehen auf die Causalehre nicht beantwortet werden[83]. Die Veränderung des zwischen zwei Personen bestehenden Rechtszustands vollzieht sich gewöhnlich in zwei Etappen. Zuerst werden die Parteien durch das obligatorische Geschäft verpflichtet, eine Aenderung der bisherigen Rechtslage herbeizuführen. Dann folgt als zweiter Akt das Rechtsgeschäft, durch das die vereinbarte Aenderung der bisherigen Rechtslage vollzogen wird. Dieses Geschäft ist das Erfüllungsgeschäft. So wird zuerst durch den Kauf eine Verpflichtung zur Uebereignung einer Sache geschaffen und nachher die Sache übereignet. Die obligatorischen und die dinglichen Rechtsgeschäfte haben eine causa. Beim obligatorischen Geschäft, dem „wirtschaftlichen Grundgeschäft" teilen wir die causa ein nach der Art der beabsichtigten Veränderung des Zustands, der vor dem Abschluß des obligatorischen Geschäfts bestand. So kommen wir auf die Einteilung von Kauf-, Miet-, Werkvertrags- usw. causa; hierher gehört auch die Trödelvertragscausa. Diese causae sind die obligatorischen causae erster Ordnung. Die causa der dinglichen Vollzugsgeschäfte ist unabhängig von dieser Einteilung. Es ist in der Regel die causa solvendi, d. h. die causa der Erfüllung des obligatorischen Geschäfts. Der causa solvendi kann also ein obligatorisches Geschäft mit beliebiger obligatorischer causa erster Ordnung zugrunde liegen. Das dingliche Geschäft mit der causa solvendi bringt die Obligation zum Erlöschen. Nun gibt es eine Reihe von obligatorischen causae, denen ebenfalls eine beliebige obligatorische causa erster Ordnung zugrunde liegen kann. Eine solche causa kann schon zur Zeit des Abschlusses des wirtschaftlichen Grundgeschäfts vorliegen, etwa die causa donandi. Neben dem Vertrag des § 516 BGB., dem eigen ist, daß bei ihm die causa donandi isoliert auftritt, kann auch ein Kauf oder ein Werkvertrag zugleich die causa donandi enthalten. Deshalb darf man eine emptio mixta cum donatione nicht mit Savigny[84] in einen Teilkauf und eine Teilschenkung zerlegen, sondern es ist ein Kauf, der zugleich eine Schenkung enthält. Eine solche causa kann auch erst in einem nach Abschluß des wirtschaftlichen Grundgeschäfts gelegenen weiteren obligatorischen Geschäft enthalten sein, so ist es z. B. immer die Vergleichscausa, die Abrechnungscausa, die causa der Aenderung und der Aufhebung eines Rechtsgeschäfts. Zu dieser Art von causae gehören auch die Hilfscausae im Sinne Rümelins, insbesondere die Umschaffungscausa. So kann ein obligatorisches Geschäft mit beliebiger causa erster Ordnung durch Vergleich befestigt, geändert oder umgeschaffen werden. Diese causae sind die obligatorischen causae zweiter Ordnung. Sie haben mit der causa solvendi das gemeinsam, daß ihnen ein beliebiges wirtschaft-

[83] Vgl. zum Folgenden Rümelin Ziv. Arch. 97, 222.
[84] Vgl. Savigny Obl. Bd. IV S. 99 u. 103.

liches Grundgeschäft zugrundeliegen kann. Sie unterscheiden sich von dieser aber dadurch, daß sie in der ersten (Verpflichtungs-)Etappe der Aenderung der Rechtslage liegen, das Kreditverhältnis also nicht zum Erlöschen gebracht wird[85]. Sie schließen sich nicht durchweg gegenseitig aus: Ein Vergleich kann zugleich eine Umschaffung enthalten, ein Aenderungsgeschäft zugleich eine causa donandi.

Aus dieser Uebersicht über die Arten der causae ergibt sich schon soviel, daß die causa solvendi keineswegs mit der causa des Trödelvertrags, eines wirtschaftlichen Grundgeschäfts, auf die gleiche Stufe gestellt werden darf. Einen obligatorischen Vertrag mit der causa solvendi kann es streng genommen überhaupt nicht geben. Die ungenaue Terminologie Sibers, der einen obligatorischen Vertrag mit der causa solvendi zuläßt, rührt daher, daß die „kausale Schuldumwandlung" wie auch die Umschaffung, mit den dinglichen Vollzugsgeschäften das gemein hat, daß die ursprüngliche obligatorische causa aufgehoben wird.

Die zu stellende Frage lautet daher: Genügt als causa der neuen obligatorischen Forderung, daß die alte Forderung aufgehoben wird? Wenn § 305 BGB. den Grundsatz der Vertragsfreiheit für die Begründung von Schuldverhältnissen aufstellt, so gilt das nur für die Geschäfte mit obligatorischer causa erster Ordnung[86]. Bei den obligatorischen causae zweiter Ordnung trifft das Gesetz keine allgemeine Regelung. Der Vertrag mit Abänderungscausa ist grundsätzlich formlos zulässig § 305 BGB.; der obligatorische Vertrag mit der causa donandi bedarf keiner Form, wenn das dingliche Erfüllungsgeschäft zugleich erfolgt § 516 BGB.; sonst bedarf er der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Das gilt auch, wenn zugleich eine Hilfscausa, etwa die Umschaffungscausa, vorliegt § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Verträge mit Vergleichs- und Abrechnungscausa bedürfen keiner Form § 779, 782 BGB. Dagegen ist die Form erforderlich bei den obligatorischen Hilfsgeschäften § 780/81 BGB. Diese liegen vor, wenn das neue Versprechen dem alten gegenüber „selbständig" ist. Damit sind nicht nur die Fälle gemeint, in denen die causa nicht oder nur allgemein bezeichnet ist, sondern alle Fälle, in denen für die Forderung eine neue Klagbasis geschaffen wird[87]. Enthält die neue Forderung zugleich eine weitere obligatorische causa zweiter Ordnung, so bleibt die Formvorschrift bestehen. Das ergibt sich daraus, daß für Vergleich und Abrechnung ausdrücklich eine Ausnahme bestimmt wurde. Die Formvorschrift des § 780/81 BGB. gilt also auch dann, wenn durch das

---

[85] Auch in den Fällen, in denen durch die Hingabe eines neuen Versprechens zur Ersetzung einer bestehenden Forderung nach der Absicht der Parteien ein der Hingabe an Erfüllungsstatt entsprechender Erfolg erzielt werden soll, liegt noch, wie im römischen Recht, Umschaffung vor, mag diese auch der solutio sehr ähnlich sein. Dies zeigt sich besonders darin, daß eine Reihe von Mängeln, vgl. z. B. die § 762 Abs. 2, 764, 656 Abs. 2, 343, 655 BGB., die durch die solutio geheilt werden, durch die Hingabe eines solchen Versprechens nicht geheilt werden können.

[86] Vgl. zum Umfang der Vertragsfreiheit Rümelin Ziv. Arch. 97, 293. Anm. 135.

[87] Vgl. Protokolle Bd. II S. 500 Antrag 4 a, S. 506 ff.

Schuldversprechen eine frühere Forderung aufgehoben werden soll. § 397 BGB. steht nicht entgegen, weil dieser nur die Möglichkeit formloser Aufhebung einer Forderung festlegt, über die Frage der Form der aufhebenden Forderung aber nichts aussagt. Damit entfällt aber auch die Möglichkeit eines formlosen kausalen Schuldumwandlungsvertrages. Entweder bleibt die alte Klagbasis grundsätzlich bestehen und wird nur in einzelnen Beziehungen, vielleicht tatsächlich sehr weitgehend, geändert: dann liegt ein Schuldabänderungsvertrag vor. Dieser Vertrag kann formlos abgeschlossen werden. Oder aber, es wird eine neue Klagbasis geschaffen, dann liegt ein selbständiges Versprechen vor, das grundsätzlich der Schriftform bedarf, mag auch inhaltlich auf die alte Forderung in größerem oder kleinerem Umfang Bezug genommen sein, mag das neue Versprechen umschaffungs- oder erfüllungshalber gegeben sein[88]. Die Situation ist also heute noch grundsätzlich dieselbe wie im römischen Recht: Die Umschaffung ist, wie die Novation der Römer, ein wenigstens regelmäßig formalisiertes Rechtsgeschäft.

Gegen die Zulässigkeit der kausalen Schuldumwandlung spricht endlich folgender Gesichtspunkt: Eine ganze Reihe von Ansprüchen unterliegt einer abgekürzten Verjährung (vgl. z. B. die § 196, 197, 558, 852 BGB., § 159 BGB.), ohne daß die Frist durch Vertrag verlängert werden könnte (vgl. § 225 BGB.). Die Forderung mit der causa solvendi würde mangels abweichender Bestimmung erst in 30 Jahren verjähren. Diese Verjährungsfrist könnte ihrerseits durch Vertrag verkürzt werden. Es wäre also mit Hilfe der kausalen Schuldumwandlung möglich, die Bestimmung des § 225 Abs. 1 BGB., die zwingendes Recht ist, zu umgehen und eine Verlängerung der Verjährungsfrist der einer kürzeren Verjährung unterliegenden Ansprüche, auch soweit diese gesetzlich nicht ausdrücklich zugelassen ist wie z. B. in den § 477 Abs. 1 S. 2, 638 Abs. 2 BGB. zu vereinbaren. Das entspräche aber sicher nicht dem Willen des Gesetzgebers.

§ 11.

Die Umwandlung einer bestehenden Schuld in ein Darlehen (sog. Vereinbarungsdarlehen).

§ 607 Abs. 2 BGB. läßt die Umwandlung einer bestehenden Schuld in ein Darlehen zu. Die umzuwandelnde Schuld muß bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein, der Anteil an einem Beteiligungsverhältnis kann nicht in ein Darlehen umgewandelt werden (vgl. R.G.Z. 124, 362). Vorweg ist der Fall auszuscheiden, wo ein Darlehen durch Hingabe einer Sache zu einem bestimmten Preis begründet wird; hier wird nicht eine bestehende Schuld in ein Darlehen umgewandelt, sondern von vorn herein ein Darlehen begründet, wobei nur die Darlehensvaluta nicht in Geld, sondern durch Hingabe einer Sache ausbezahlt wird.

Ueber die Frage, wie die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen aufzufassen sei, enthalten die Materialien nichts. Sie geben als Grund für die Aufnahme des § 607 Abs. 2 BGB. an, daß der Einwand

[88] Im Ergebnis übereinstimmend v. Heck a. a. O. § 59, 8.

der Klagänderung ausgeschlossen werden sollte für den Fall, daß zunächst auf Grund des Kaufes geklagt werden und sich im Lauf des Prozesses herausstellen sollte, daß die Kaufpreisforderung in ein Darlehen umgewandelt wurde. In einem solchen Fall hatte die Individualisierungstheorie, so wie sie damals ausgestaltet war, den Einwand der Klagänderung zulassen müssen. Auf die von den Parteien gebrauchten Worte allein kann nicht abgestellt werden. Die Parteien drücken sich nicht juristisch aus, sie sprechen von „Geld stehen lassen", „Geld schuldig bleiben" usw. Ebenso fehlt den Parteien eine juristisch geformte, auf bestimmte Rechtsfolgen abgestellte Absicht[89]. So bleibt nichts anderes übrig, als auf die Geschäftszwecke abzustellen. Erst wenn festgestellt ist, was die Parteien mit der Umwandlung in ein Darlehen bezweckten, kann die zur Durchführung dieser Zwecke geeignete Rechtsfigur gesucht werden.

Der Grundzweck, den die Parteien mit der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen, diesen Begriff im weitesten Sinne gefaßt, verfolgen, ist die causa credendi, der Zweck, dem Schuldner durch Zurverfügungstellung einer bestimmten Geldsumme auf bestimmte oder unbestimmte Zeit Hilfe zu leisten. Er tritt isoliert auf z. B. beim Freundschaftsdarlehen und bei Abzahlungskäufen, häufig auch, wenn der Gläubiger mit der Umwandlung seiner Forderung in ein Darlehen eine Sanierung der Vermögensverhältnisse seines Schuldners ermöglichen will. Der Hilfszweck für den Schuldner ist allen Fällen der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen i. w. S. gemeinsam.

Zu diesem Grundzweck, der beim unverzinslichen sogenannten Gefälligkeitsdarlehen fast immer isoliert auftritt, können nun aber beim verzinslichen Darlehen noch weitere Zwecke hinzutreten. Hierher gehört vor allem der Kapitalanlagezweck durch den Gläubiger. Es ist schief, im verzinslichen Darlehen einen Vertrag nur zugunsten des Schuldners zu sehen. Auch der Gläubiger hat ein Interesse an zinsbringender, wertbeständiger, gegen Diebstahl gesicherter Unterbringung seines Kapitals, ebenso, wie der Vermieter ein Interesse an der wirtschaftlichen Ausnützung der vermieteten Sache hat. Es ist gleichgültig, ob es dem Gläubiger erwünscht ist, daß sein Kapital festgelegt wird oder nicht. Dem Gläubiger, der, um eine Sanierung der Vermögensverhältnisse seines Schuldners zu ermöglichen, in eine Festlegung seines Kapitals einwilligt, wird diese immer an sich unerwünscht sein.

Mit dem Kapitalanlagezweck regelmäßig verbunden ist der Klagerleichterungszweck. Der Gläubiger wird einen möglichst leicht zu beweisenden Klagegrund in der Hand haben wollen, wenn er sein Geld für längere Zeit festlegt. Auch der Ausschluß der Mängelrüge und der Verzicht auf Einreden wird in diesem Falle häufig sein. Seltener liegt gleichzeitig ein Vergleich vor.

Von diesen Geschäftszwecken zu trennen sind die bloßen Motive des Gläubigers. So will der Verkäufer durch die Stundung eines Teils

[89] Richtig, nur etwas ängstlich, R.G. Sörgel Rechtsspr. 1910 zu § 607 Nr. 12 „Des Wortes Darlehen brauchen sich die Parteien nicht gerade zu bedienen"; vgl. auch RGZ. 124, 359.

des Kaufpreises oder durch dessen Umwandlung in ein Darlehen den Käufer zum Kauf animieren, so will die Brauerei, die dem Wirt ein Darlehen gibt, diesen durch das Darlehen in ihre Hand bekommen, so will der Gläubiger, der bei der Sanierung seines Schuldners der Umwandlung seines Guthabens in ein Darlehen zustimmt, retten, was zu retten ist. Diese Motive sind, weil nicht zum Vertragsinhalt geworden, unbeachtlich, soweit nicht das Voraussetzungsrecht, auf das hier nicht eingegangen werden kann, in Betracht kommt.

Bei der Feststellung der Geschäftszwecke sind wir nicht an die von den Parteien gebrauchten Worte gebunden. Die Begleitumstände sind mitzuberücksichtigen. Eine abschließende Formel gibt es nicht. Von Bedeutung ist vor allem, mit welcher Dauer die Parteien bei der Darlehenshingabe rechnen. Je länger die Dauer, desto eher liegt Kapitalsanlage und Klagerleichterungszweck vor. Das darf nicht schematisch gedacht werden, denn die Dauer der Kapitalfestlegung ist auch von der Flüssigkeit des Geldmarkts und dem Beruf der Parteien abhängig. Der Börsianer legt sein Geld weniger lang fest als der Bauer. Der Ausschluß der Kündigung durch den Schuldner für längere Zeit läßt darauf schließen, daß eine Kapitalanlage beabsichtigt war. Dasselbe ist auch anzunehmen, wenn längere Kündigungsfristen vereinbart sind. Weiter läßt sich aus der Verzinsung der Forderung ein gewisser Schluß ziehen. Ein unverzinsliches Darlehen, ebenso ein niederverzinsliches wird selten eine Kapitalanlage darstellen. Bei der Frage, wie hoch ein Darlehen zu verzinsen ist, müssen die Nebenleistungen des Schuldners mit berücksichtigt werden, z. B. die Zahlung einer Kreditprovision beim Verkehr mit Banken, Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens mit 105% oder Auszahlung des Darlehens nur zu 95%, Verpflichtung des darlehensnehmenden Wirts zum Bierbezug zu einem bestimmten Preis usw. Auch die Höhe des Darlehens läßt einen Rückschluß auf den Zweck desselben manchmal zu. Niemand wird, abgesehen von unnormalen Zeiten wie z. B. den Jahren 1922/23 ein Darlehen von GM. 20.— eine Kapitalanlage nennen. Wird für das Darlehen eine Sicherheit verlangt, so läßt das häufig, besonders bei Hingabe einer Verkehrshypothek oder einer Grundschuld darauf schließen, daß der Gläubiger sein Kapital anlegen wollte. Haben die Parteien einen Tilgungsplan aufgestellt, aus dem die Dauer des Darlehens zu ersehen ist, so muß auch dieser herangezogen werden. Endlich kann sich der Geschäftszweck auch aus der Person der Parteien ergeben. R.G. Recht 1918 Nr. 989 sagt: „Zahlung einer Bank für Rechnung eines Kunden, welcher kein Guthaben hat, ist Darlehen". Wenn ein Gönner einer wohltätigen Anstalt durch Stehenlassen seines Guthabens unter die Arme greift, liegt kein Kapitalanlagezweck vor.

Nachdem die Geschäftszwecke, die die Parteien mit der Zurverfügungstellung von Kapital verfolgen können, dargelegt sind und gezeigt wurde, woraus diese entnommen werden können, sind die rechtlichen Mittel darzutun, in die der Parteiwille gekleidet werden kann. Hier steht in erster Linie die sog. „Behandlung der Schuld wie ein Darlehen". Der Klaggrund bleibt bestehen, es wird nur die Schuld inhaltlich wie ein Darlehen ausgestaltet, z. B. bezüglich der Verzinsung und der Kündigungs-

fristen. Die Behandlung der Schuld wie ein Darlehen ist ein Unterfall der Schuldabänderung gemäß § 305 BGB. Die kurze Verjährungsfrist, der die Schuld ursprünglich unterlag, bleibt bestehen, ebenso grundsätzlich die Einwendungen und die Einreden, die gegen die Schuld gerichtet werden konnten[90], u. U. sogar die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Der Gläubiger kann sich zum Beweis seiner Forderung auf das außergerichtliche Geständnis berufen, das in der Vereinbarung, die Schuld solle wie ein Darlehen behandelt werden, liegt.

Das zweite Mittel, das den Parteien zur Verfügung steht, ist die „Umwandlung der Schuld in ein Darlehen i. e. S.". Das ist die Begründung eines echten Darlehens, bei dem die Valuta nicht in bar ausbezahlt, sondern durch den Verzicht auf eine bestehende Forderung in das Vermögen des Darlehensschuldners überführt wird. Zur Erklärung dieses Vorgangs muß auf das zurückgegriffen werden, was im vorigen Paragraphen über die Causalehre gesagt wurde[91]. Auch beim Darlehen ist zu scheiden zwischen dem Verpflichtungs- und dem Erfüllungsstadium. Im römischen Recht bestand nun beim mutuum die Besonderheit, daß eine zivilrechtlich klagbare Verpflichtung erst dann entstand, wenn der Darlehensgeber seine Verpflichtung zur Auszahlung der Valuta auf Grund des pactums de mutuo dando erfüllt hatte. Verträge, bei denen die Klagbarkeit nach zivilem Recht von dem Nachweis der Vornahme einzelner Erfüllungshandlungen abhing, hießen Realverträge. Obwohl die Scheidung zwischen prätorischer und ziviler Klagbarkeit dem heutigen Rechte fremd ist, behalten viele Schriftsteller den Begriff „Realvertrag" bei und subsumieren darunter auch das Darlehen. Das ist ungerechtfertigt. Schon das pactum de mutuo dando begründet heute, wie § 610 BGB. zeigt, die beiderseitigen Verpflichtungen. Die causa dieses obligatorischen Vertrags ist die causa credendi. Durch das Auszahlen der Valuta erfüllt der Darlehensgeber seine Verpflichtung[92], genau ebenso, wie der Vermieter durch Ueberlassen des Besitzes der Mietsache die seine. Im Fall des § 607 Abs. 2 BGB. tut er das nicht durch Barzahlung, sondern dadurch, daß er auf die Bezahlung einer Schuld des Darlehensnehmers verzichtet. Die causa der Aufhebung der alten Forderung ist also die causa solvendi, nicht die causa credendi. Es sind sowohl die Verpflichtung des Schuldners aus dem alten Schuldverhältnis als auch

---

[90] Staudinger § 607 VII c a 3. Abs. nimmt hier zu weitgehend Ausschluß der dilatorischen Einreden und der Einrede, die Valuta sei nicht bezahlt worden, schlechthin an. Von der Zahlung einer Valuta kann nicht die Rede sein, weil ein Darlehen nicht begründet, vielmehr nur die alte Schuld abgeändert wird.

[91] Vgl. zum Folgenden von Heck a. a. O. § 106, § 107, § 80 Ziff. 7 und die dort Zitierten.

[92] Dadurch, daß die Anhänger der Realvertragstheorie (mit Ausnahme Kohlers) die Zahlung der Valuta und damit die Erfüllung der Verpflichtung des Darlehensgebers zu Unrecht aus dem Erfüllungs- in das Verpflichtungsstadium verschieben, bleibt allerdings nur noch die Erfüllung von Verpflichtungen des Darlehensnehmers übrig und es kann die unrichtige Ansicht entstehen, das Darlehen sei immer ein einseitig verpflichtender Vertrag.

die des Darlehensgebers zur Zahlung der Valuta als erfüllt anzusehen; das haben die Römer mit Hilfe der Fiktion der duplex numeratio anschaulich gemacht. Die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen i. e. S. ist kein Unterfall der Schuldabänderung[93], weil ein neuer Klagegrund mit der causa credendi geschaffen wird. Sie ist aber auch kein Fall der kausalen Schuldumwandlung[94], weil die causa der neuen Forderung nicht die causa solvendi, sondern die causa credendi ist. Eine Figur wie die Hingabe einer Forderung erfüllungshalber ist hier begrifflich ausgeschlossen. Die Verjährung der neuen Forderung erfolgt in 30 Jahren. Bestand die alte Forderung nicht, so hat der Gläubiger seine Verpflichtung zur Auszahlung der Valuta durch die Aufhebung der alten Forderung nicht erfüllt und der Schuldner kann gegenüber dem Verlangen des Gläubigers auf Rückzahlung des Darlehens die Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend machen[95].

Die dritte Rechtsfigur, die der Verwirklichung der eingangs aufgeführten Geschäftszwecke der Parteien dienen kann, ist die Umschaffung der Schuld in ein Darlehen. Darunter sind nicht die Fälle der Umschaffung zu verstehen, in denen die in ein Schuldversprechen umgeschaffene Forderung äußerlich, etwa bezüglich der Ausgestaltung der Verzinsung und der Kündigung einer Darlehensforderung gleicht. Es vollzieht sich vielmehr derselbe Vorgang wie bei der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen im engeren Sinn, nur gibt der Schuldner seine Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens in der Form eines selbständigen Schuldversprechens ab. Es wird zunächst ein Darlehen begründet; dessen Valuta wird nicht in bar ausbezahlt, sondern durch den Verzicht auf eine bestehende Forderung des Darlehensgebers gegen den Darlehensnehmer in das Vermögen des letzteren überführt. Die Forderung des Gläubigers auf Rückzahlung des Darlehens wird als abstraktes Versprechen begründet, so daß der Gläubiger zu ihrem Beweis die Auszahlung der Valuta und damit den Bestand der aufgehobenen Forderung nicht nachzuweisen braucht. Es liegt also derselbe Vorgang wie bei der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen i. e. S. vor mit der einen Ausnahme, daß die Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens in der Form eines abstrakten Schuldversprechens abgegeben wird. Diese Konstruktion trifft auch auf zwei weitere Fälle zu, in denen das RG. Umschaffung annimmt: Die Hingabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber „an Zahlungsstatt" (vgl. RGZ. 124, 364) und die Eintragung einer Forderung gegen eine Stadtgemeinde oder das Reich und die Stadt- bzw. Reichsschuldbücher (RGZ. 121, 348). Mit Recht spielt in der letzteren Entscheidung das RG. auf die römisch-rechtliche Konstruktion der duplex numeratio an, wenn es sagt, es werde bei der Umschaffung ein „besonders auf der Hingabe von Geld beruhendes Rechtsverhältnis" geschaffen. Alle diese Fälle sind,

[93] So Klein a. a. O. S. 18 ff.

[94] So Enneccerus I, 2 § 362 III, und Siber bei Planck 8 e zu § 607 BGB.

[95] Ueber die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags durch den Beklagten bei Vorleistungspflicht des Klägers vgl. v. Heck, Schuldrecht, § 42, 8 b.

wie auch die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen, Unterfälle der Erfüllung.

Es ist bestritten, welche von diesen drei Rechtsfiguren, Behandlung der Schuld wie ein Darlehen, Umwandlung der Schuld in ein Darlehen i. e. S. und Umschaffung der Schuld in ein Darlehen am meisten geeignet ist, den Geschäftszwecken der Parteien zu dienen. Klemperer[96] nimmt an, es liege regelmäßig Umschaffung der Schuld in ein Darlehen vor; umgekehrt sagt Enneccerus[97], es liege meistens Behandlung der Schuld wie ein Darlehen vor. Man wird keine allgemeine Lösung finden können. Lag neben der causa credendi der Kapitalanlagezweck zugunsten des Gläubigers vor, so wird dem Gläubiger daran liegen, eine neue Klagbasis für seine Forderung zu bekommen. Die geeignetste Form für diesen Zweck ist die Umschaffung in ein Darlehen. Bei dieser ist dem Schuldner schlechthin der Gegenbeweis aufgebürdet. Nicht so günstig steht der Gläubiger bei der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen i. e. S. Zwar kann er sich auch hier zum Beweis seiner Forderung auf das außergerichtliche Geständnis berufen, das der Schuldner mit der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen ablegt; allein dieses außergerichtliche Geständnis unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung. Ist es dem Schuldner gelungen, unwahrscheinlich zu machen, daß die alte Forderung bestand, ohne jedoch den vollen Gegenbeweis hierfür zu liefern, so wird der Gläubiger zu beweisen haben, daß die ursprüngliche Forderung doch bestand und mit dem Verzicht auf sie die Valuta hingegeben wurde.

Fehlte der Kapitalanlagezweck für den Gläubiger, lag also die causa credendi allein vor, so genügt regelmäßig die Behandlung der Schuld wie ein Darlehen. So ist es z. B., wenn ein Freund, um seinem Freund unter die Arme zu greifen, dessen Schuld stundet, oder der Verkäufer, um das Geschäft zu machen, dem Käufer einen Teil des Kaufpreises stundet.

Es spricht also in den Fällen, in denen der Gläubiger sein Kapital anlegen will, eine praesumptio facti für die Umschaffung der Schuld in ein Darlehen. Ist die hierfür erforderliche Form nicht gewahrt, so spricht die Vermutung für die Umwandlung der Schuld in ein Darlehen i. e. S. Liegt der Kapitalanlagezweck nicht vor, so spricht die Vermutung für die Behandlung der Schuld wie ein Darlehen. Doch wird in diesem Fall häufiger der Beweis gelingen, daß Umwandlung oder Umschaffung der Schuld in ein Darlehen beabsichtigt war. So wird beim Kauf von größeren Objekten, insbesondere von Grundstücken, trotz Fehlens des Kapitalanlagezwecks Umwandlung oder Umschaffung der Schuld in ein Darlehen vorliegen, weil die Bezahlung des Kaufpreises erst innerhalb längerer Frist erfolgen kann.

---

[96] Vgl. Klemperer, Gruchots Beiträge 43, 567 ff.
[97] Vgl. Enneccerus I, 2 § 362 III.

III. Teil.

Die Wirkungen der Umschaffung und der Umwandlung in ein Darlehen.

I. Die Wirkungen der Umschaffung.

§ 12.

Das Verhältnis der neuen Forderung zu den Mängeln der alten.

Die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts, d. h. die Neuvornahme in Kenntnis der Nichtigkeit zu deren Beseitigung, soll von vornherein ausgeschieden werden. Sie ist keine Umschaffung, weil das Tatbestandsmerkmal der Aufhebung der alten Forderung fehlt.

Abgesehen von diesem Fall knüpfen sich an die Umschaffung einer mit einem Mangel behafteten Forderung drei Fragengruppen: Es ist einmal zu untersuchen, welche der alten Forderung anhaftenden Mängel auch gegen die umgeschaffene Forderung geltend gemacht werden können. Hierauf ist darzulegen, inwieweit in den Fällen, in denen auf einen Mangel der alten Forderung nicht verzichtet wurde, das neue Schuldversprechen nichtig und inwieweit es kondizierbar ist. Endlich ist zu fragen, ob eine etwaige Einrede (z. B. aus § 821 BGB.) stets vom Beklagten erhoben werden muß, besonders ob dies auch dann nötig ist, wenn mit aller Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, daß der Beklagte sie erheben würde.

Auf besonderem Boden steht eine Reihe von gesetzlich mißbilligten Naturobligationen, nämlich Spiel, Wette und Differenzgeschäft § 762 Abs. 2, 764 BGB., 59 Börsengesetz und der Ehemäklerlohn § 656 Abs. 2 BGB. Kuhlenbeck Jur.W. 07, 35 wendet den § 656 Abs. 2 BGB. entsprechend an bei der Besorgung von Adoptionen, Beamtenanstellungen, Titel- und Ordensbeschaffungen ums Geld. Die diesen Forderungen anhaftenden Mängel werden durch die Bewirkung der geschuldeten Leistung geheilt, soweit nicht aus den Umständen sich ergibt, daß ein den guten Sitten widersprechendes Geschäft vorliegt. Wird eine Sache oder ein Recht gegen einen Dritten[98] an Erfüllungsstatt hingegeben, so ist die Rückforderung des Geleisteten ebenfalls ausgeschlossen. Wird dagegen eine neue Verbindlichkeit derart übernommen, daß die alte mangelhafte Schuld durch sie ersetzt werden sollte, so liegt keine Erfüllung mehr vor.

[98] Die Hingabe eines Rechts gegen einen Dritten erfolgt im Zweifel nicht an Erfüllungsstatt; es entspricht dem Parteiwillen, den Altschuldner weiterhaften zu lassen. Nur ist der Gläubiger verpflichtet, in erster Linie aus dem übertragenen Recht seine Befriedigung zu suchen. Das verdient hervorgehoben zu werden, weil bei der Hingabe eines Rechts an Erfüllungsstatt der Altschuldner gemäß § 365, 437 BGB. nur für Verität, aber nicht für Bonität der übertragenen Forderung haftet. Die Uebertragung der Vorschrift des § 437 BGB. auf die datio in solutum trifft wohl nur selten den Parteiwillen; die Auslegung nach § 157 BGB. wird vielfach zur Haftung auch für Verität führen.

Der Zweck des Geschäfts ist hier nicht, den Gläubiger zu befriedigen, sondern nur, ihm die Durchführung seines Anspruchs zu erleichtern. Deshalb ist in diesen Fällen die Umschaffung der datio in solutum nicht gleichzustellen, der Mangel der alten Forderung ergreift auch die neue. und zwar auch dann, wenn es den Parteien bei der Umschaffung lediglich darum zu tun war, diesen Mangel zu beseitigen. Eine Ausnahme bildet nur der Fall, daß ein Vergleich über die Frage abgeschlossen wird, ob eine gesetzlich mißbilligte Obligation vorliege (die Erben beider Parteien wissen nicht, ob es sich um eine Spielschuld handelt). Hier entsteht eine gültige Obligation, sofern es sich nicht nur um ein Scheingeschäft handelt.

An diese Fälle schließt sich das Versprechen einer übermäßigen Vertragsstrafe (§ 343 BGB., § 75 c, HGB.) und das Versprechen eines übermäßigen Mäklerlohns für Arbeitsvermittlung § 655 BGB. an. Auch diese Obligationen sind nicht vollwirksam. Sie können auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden Nach der „Entrichtung" der Strafe bzw. des Mäklerlohns ist die Herabsetzung ausgeschlossen. Eine Entrichtung der Strafe liegt sicher in der Erfüllung und in der Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt. Dagegen wird die Möglichkeit der Herabsetzung auf Antrag des Schuldners nicht dadurch ausgeschlossen, daß die übermäßige Vertragsstufe oder der übermäßige Mäklerlohn für Arbeitsvermittlung umgeschaffen werden, und zwar auch dann nicht, wenn die Umschaffung lediglich zu dem Zweck erfolgt, dem Schuldner diese Verteidigungsmöglichkeit zu nehmen[99].

Nach einer mehrfach vertretenen Ansicht wird bei der Umschaffung auf die Geltendmachung aller der alten Forderung anhaftenden Mängel verzichtet mit Ausnahme des Einwands, die alte Schuld sei nichtig gewesen. So sagt der Rätekommentar 1928 (3 vor § 780): Bei der Umschaffung bleibe nur der Einwand bestehen: Die frühere Schuld bestand überhaupt nicht. Er stellt dazu im Gegensatz die „Feststellung", bei der über den Rahmen der Feststellung hinaus ein Verzicht nicht anzunehmen sei. Diese Ansicht hat früher auch die Praxis des Reichsgerichts beherrscht (vgl. RGZ. 62, 51; Jur.W. 06, 550[18]). v. Tuhr steht auf diesem Standpunkt für das Schweizerische Recht[100]. Aehnlich nimmt Wienstein[101] regelmäßig einen Verzicht auf die Einreden an. Die Gegenüberstellung von Umschaffung und Feststellung im Rätekommentar ist nicht glücklich. Mit Umschaffung bezeichnet man das technische Mittel der Ersetzung einer alten Obligation durch eine neue. Unter Feststellungszweck versteht man einen der Zwecke, die in der Form der Umschaffung ihren rechtlichen Ausdruck finden. Das Reichsgericht hat neuerdings seinen Standpunkt gewechselt. RGZ. 78, 168 läßt es noch unentschieden, ob die „Schuldumwandlung" nach § 607 Abs. 2 BGB. die Wirkung hat, dem Schuldner die Einwen-

[99] Vgl. zu § 343 BGB. OLG. Stuttgart Recht 1915, Nr. 176: Abweichende Parteivereinbarung ist unzulässig.

[100] Vgl. v. Tuhr Allg. Teil des Schw.O.R. S. 573 u. 575.

[101] Vgl. Wienstein in Gruchots Beiträgen 48, 477 ff. „Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäfts im geltenden Rechte".

dungen aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis zu nehmen (insbesondere die Verjährungseinrede). RGZ. 95, 10 hält einen Verzicht auf die Mängel aus Werkvertrag durch die Anerkennung des Werklohns in dem urkundlich angeführten Betrag für „möglich". Ganz scharf sagt RGZ. 119, 12: „Es kann keine Rede davon sein, daß man bei der Umschaffung einer Forderung in ein abstraktes Schuldversprechen allen Beanstandungen der neugeschaffenen Forderung aus Gründen des ursprünglichen Schuldverhältnisses entsagt und sogar auf den Bereicherungsanspruch verzichtet hätte". Das OLG. Stuttgart[102] sagt, Erwähnung des Schuldgrunds im abstrakten Versprechen ergebe, daß nicht alle Einwendungen ausgeschlossen sein sollten[103].

Die Frage, auf welche Gegenrechte verzichtet werden sollte, läßt sich nur an Hand der einzelnen Fälle entscheiden. Sie hat nichts zu tun mit der Frage, ob eine Ersetzung vorliegt, also für die Forderung eine neue Klagbasis geschaffen werden soll. Bei der Abrechnung wird, wenn nicht noch weitere Zwecke verfolgt werden als die Schaffung einer neuen Klagbasis, nur auf die dilatorischen Einreden verzichtet[104]. In den Fällen, in denen die Parteien eine abschließende Regelung ihrer gesamten Beziehungen wünschen, etwa, weil eine Geschäftsbeziehung endgültig gelöst werden soll, wird regelmäßig ein allgemeiner Verzicht auf etwa vorhandene Gegenrechte vorliegen, auch auf die Einrede der Bereicherung für den Fall, daß die alte Obligation nicht bestand. Wird eine Forderung zu dem Zweck, sie zirkulationsfähig zu machen, umgeschaffen, so wird im Verhältnis zwischen den causalverbundenen Personen, d. h. zwischen Versprechenden und Versprechensempfänger auf die Gegenrechte nicht verzichtet, wohl aber im Verhältnis zu Drittnehmern. Hier gilt für das abstrakte Schuldversprechen eine Ausnahme von § 404 BGB. Der Verzicht auf die Geltendmachung von Einreden läßt sich am besten als Vertrag zugunsten Dritter konstruieren[105]. Auf dilatorische Einreden wird meist verzichtet werden. Dies gilt besonders von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Lag Verzug des Schuldners vor, so wird er für die Zukunft beseitigt. Ob auf schon entstandene Schadensersatzforderungen verzichtet werden soll, ist Tatfrage. Ist die alte Forderung wegen Betrugs, Irrtums oder Drohung anfechtbar, so erlischt das Anfechtungsrecht nur dann, wenn die Umschaffung in Kenntnis des Anfechtungsgrunds erfolgt[106]. Es geht nicht verloren, wenn ein Erbe in Unkenntnis der Anfechtbarkeit der alten Forderung die Umschaffung vornimmt. Es fragt sich weiter, inwieweit die Mängelrüge beim Kauf- und Werkvertrag ausgeschlossen ist, wenn die Kaufpreisforderung bzw. der Werklohn nach Vertragsabschluß umgeschaffen werden. Sicher wird die Geltendmachung inzwischen er-

[102] Vgl. Jahrbücher der Württ. Rechtspflege 21, 271.

[103] Gegen diese etwas zu allgemeine Fassung mit Recht Staub Anm. 13 zu § 350 HGB. Wenn der Schuldgrund nur zu Individualisierungszwecken (vgl. oben § 9) genannt wird, ergibt sich für die Behandlung der Mängel hieraus nichts.

[104] Vgl. Rümelin a. a. O. 98, 193.

[105] Vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 270 ff. u. § RGZ. 71, 187.

[106] Vgl. Staudinger V 1 Aa vor § 364 BGB.

kannter Mängel verzichtet, und zwar auch dann, wenn es sich um arglistig verschwiegene Mängel handelt. In den Fällen, in denen die, sei es erfüllungshalber, sei es umschaffungshalber, erfolgende Erteilung eines abstrakten Versprechens schon von vornherein vereinbart war, wird häufig ein genereller Ausschluß der Haftung des Verkäufers bzw. Werkunternehmers für Mängel beabsichtigt sein. Das ergibt sich aus folgender Ueberlegung: Außer dem Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln könnte die Erteilung eines abstrakten Versprechens nur die Bedeutung haben, daß dem Verkäufer bzw. Unternehmer der Nachweis der Erfüllung seiner Verpflichtung bei der Geltendmachung seiner Forderung erspart bleiben soll. In vielen Fällen, etwa bei Arbeiten an Gebäuden, genügt ein einfacher Augenschein zu diesem Nachweis. Hier liegt die Annahme, daß mit der Erteilung eines abstrakten Versprechens ein Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln beabsichtigt war, besonders nahe, weil das Ersparen des Nachweises der Erfüllung dem Gläubiger nicht sehr wichtig sein wird. Aehnlich ist es, wenn die Geltendmachung einzelner Mängel ausdrücklich vorbehalten wird, etwa die Zahlung von M. 40 000.— in 10 jährlichen Raten von je M. 4000.— je per 1. I. versprochen wird, sofern das verkaufte Haus nicht den Schwamm hat. Hier werden die Parteien regelmäßig die Geltendmachung der übrigen Mängel ausschließen wollen. Nach RG. Recht 1913 Nr. 3232 ergreift ein genereller Einredeverzicht, wenn er nach Vertragsabschluß erfolgt, trotz § 476 BGB. auch arglistig verschwiegene Mängel. Ein Verzicht auf die Geltendmachung nicht erkannter Rechtsmängel wird, abgesehen von dem Fall, wo die Parteien eine abschließende Regelung ihrer gesamten Beziehungen wollen, äußerst selten sein. Es ist also Auslegungsfrage, in welchem Umfang bei der Umschaffung auf die Geltendmachung von Mängeln verzichtet wird.

Nachdem festgestellt ist, welche Mängel der alten Forderung auch noch gegen die umgeschaffene Forderung geltend gemacht werden können, ist zu untersuchen, inwieweit in diesen Fällen die umgeschaffene Forderung nichtig und inwieweit sie kondizierbar ist. Mußte sich der Schuldner schon der causalen Forderung gegenüber durch eine Erklärung auf den Mangel berufen, so ist auch die umgeschaffene Forderung nicht nichtig. So kann in den Fällen der § 343 BGB., 75 c HGB. und 655 BGB. auch die umgeschaffene Forderung auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. War die alte Forderung wegen Irrtums, Betrugs oder Drohung anfechtbar und wird auch die Umschaffung unter der Einwirkung des Willenmangels vorgenommen, so ist auch die umgeschaffene Forderung anfechtbar.

Die umgeschaffene Forderung kann also nur dann nichtig sein, wenn schon die causale Forderung der Wirksamkeit entbehrte. Hier gibt uns manchmal das Gesetz Auskunft. Bei der Umschaffung eines Ehemäklerlohns, oder einer Forderung aus Spiel, Wette oder Differenzgeschäft ist auch die umgeschaffene Forderung nicht klagbar. Haftet der Nichtigkeitsgrund der alten Forderung auch noch dem Umschaffungsgeschäft an, so ist es ebenfalls nichtig. Haben die Parteien vereinbart, das Bestehen der alten Forderung solle Bedingung für das Zustande-

kommen der neuen sein, so ist die neue Forderung wegen Ausfalls der Bedingung nichtig, wenn die alte nicht bestand.

Abgesehen von diesen Fällen ergibt sich aus der Selbständigkeit der umgeschaffenen Forderung, daß sich der Gläubiger zur Klagbegründung nur auf das abstrakte Versprechen zu berufen braucht. Tut er das, so kann gegen den Schuldner Versäumnisurteil ergehen. Der Richter ist jedenfalls nicht befugt, von sich aus inquisitorisch vorzugehen und zu untersuchen, ob die der umgeschaffenen Forderung zugrundeliegende Forderung nichtig ist oder nicht. Die Schwierigkeiten beginnen aber dann, wenn sich aus dem Klagvorbringen des Gläubigers ergibt, daß eine nichtige Forderung umgeschaffen wurde. Werden vollends durch den Nichtigkeitsgrund nicht nur die Interessen einer Vertragspartei, sondern auch die Interessen Dritter, oder die eigenen nicht aus dem Parteiinteresse abgeleiteten Interessen des Staats erheblich verletzt, so ist es außerordentlich bedenklich, die Geltendmachung des Mangels in die Hand einer Vertragspartei zu legen. Man denke etwa an folgenden Fall: A will eine nichtkonzessionierte Schnapsbrennerei einrichten. B verspricht, ihm dazu ein Darlehen von M. 10 000.— nach 6 Monaten zur Beschaffung der Einrichtung zu geben. Diese Forderung wird 3 Monate später in ein Schuldversprechen umgeschaffen. Nach 6 Monaten klagt A gegen B auf Erfüllung des Schuldversprechens. Im Termin erscheint B nicht, oder er erscheint zwar, weigert sich aber, die Einrede der Bereicherung nach § 821 BGB. zu erheben aus Furcht, es möchten sich für ihn Nachteile in einem ihm wegen Unterstützung des Schwarzbrennens drohenden Strafverfahren ergeben.

Die herrschende Lehre nimmt an, in allen diesen Fällen sei die umgeschaffene Forderung kondizierbar, nicht nichtig. Dem Leistungsverlangen des Gläubigers könne nur eine Einrede aus § 821 BGB. entgegengehalten werden. Diese Einrede müsse vom Schuldner ausdrücklich erhoben werden[107]. Besonders klar spricht sich der Rätekommentar[108] aus: „Wie jede Einrede, so ist die Bereicherungseinrede nur dann zu beachten, wenn sie vom Beklagten vorgeschützt wird". Der Richter muß demnach gegen den ausbleibenden Schuldner immer Versäumnisurteil erlassen; ebenso muß er den Beklagten immer dann verurteilen, wenn dieser die Einrede der Bereicherung nicht ausdrücklich erhebt, wie z. B. in dem oben angeführten Fall der Umschaffung eines zur Förderung des Schwarzbrennens gegebenen Darlehens. Dieses Ergebnis befriedigt wenig.

Die Unbilligkeit dieser Lösung vermeidet von Heck, der den § 139 BGB. auf die Umschaffung anwendet[109]. Da bei der Umschaffung einer nichtigen Forderung der eine Teil des Geschäfts, die Aufhebung einer bestehenden Schuld fehlt, ist nach Heck auch die umgeschaffene Forderung nichtig. Dieser Ausweg scheitert, wie oben § 9 am Ende dargelegt wurde, daran, daß die Anwendung des § 139 BGB. auf die Umschaffung de lege

[107] Vgl. Enneccerus I, 1 § 178 Anm. 17, Staudinger 3 zu § 821 BGB. und v. Tuhr, Allg. Teil des Dt. Bürg. Rechts Bd. II S. 102 Anm. 67.
[108] Vgl. in der 6. Auflage 1 zu § 821.
[109] Vgl. oben Anm. 76.

lata unzulässig sein dürfte. War die causa der alten Forderung reprobiert, so läßt sich auch nicht durch einen Analogieschluß zu den § 762 Abs. 2, 764 BGB., 59 Börsengesetz und 656 Abs. 2 BGB. helfen. Die Bestimmung des § 812 Abs. BGB. ordnet in diesen Fällen ausdrücklich die Kondizierbarkeit der umgeschaffenen Forderung an. Diese ist also, wenn die alte Forderung nichtig war, grundsätzlich kondizierbar.

Damit, daß die umgeschaffene Forderung nur kondizierbar, nicht nichtig ist, ist aber noch nicht gesagt, daß es keinen Weg gäbe, um die unbilligen Resultate, die die herrschende Lehre aus der Kondizierbarkeit der umgeschaffenen Forderung zieht, zu vermeiden. Das führt zu der dritten der eingangs aufgeführten Fragen. Es ist nämlich bedenklich, in den Fällen, in denen das Gesetz dem Schuldner eine echte Einrede im Sinne des BGB. gibt, von diesem immer die ausdrückliche Erhebung der Einrede zu verlangen[110]. Wenn aus den Akten, insbesondere aus der Klageschrift ersichtlich ist, daß das Begehren des Gläubigers einen Mißbrauch der Gerichtseinrichtung darstellt, dann darf sich der Schuldner darauf verlassen, daß das Gericht die Klage abweist, auch wenn er im Termin nicht erscheint. Ein derartiger Mißbrauch liegt regelmäßig dann vor, wenn eine kausale Forderung nicht nur im Interesse einer Vertragspartei, sondern im Interesse Dritter oder im Interesse de Allgemeinheit fur nichtig erklärt ist und der Gläubiger, der sich für diese Forderung erfüllungs- oder umschaffungshalber ein abstraktes Schuldversprechen oder einen Wechsel hat geben lassen, nur auf Grund von diesem gegen den Schuldner Klage erhebt. Es wäre unzweckmäßig, wenn man hier vom Schuldner verlangen wollte, er solle vor Gericht gehen, um eine Einrede zu erheben, obwohl vornherein sicher ist, daß er sie erheben werde. Es ist ein gutes Recht des beklagten Schuldners, in derartigen Fällen wegzubleiben, er darf sich darauf verlassen, daß sich ein staatliches Gericht nicht zur Durchführung derartiger Ansprüche werde mißbrauchen lassen. Das trifft z. B. zu, wenn in dem oben angeführten Fall der Umschaffung eines zur Förderung des Schwarzbrennens gegebenen Darlehens der Beklagte im Termin ausbleibt. Es ist aber in solchen Fällen auch dann nicht anders, wenn der Beklagte zwar im Termin erscheint, jedoch aus irgend welchen Gründen die Einrede der Bereicherung nicht erhebt, wenn der beklagte Schwarzbrenner aus einem in der Erhebung der Einrede liegenden Geständnis Nachteile für sich in dem gegen ihn anhängigen Strafverfahren befürchtet. Auch dann wird sich der Richter nicht zur Verurteilung des Beklagten hergeben, es ist immer ein Mißbrauch der Gerichtseinrichtung, wenn sie zur Förderung des Schwarzbrennens in Anspruch genommen wird.

Diese Ausführungen geben dazu Anlaß, die Tragweite des § 814 BGB. nachzuprüfen. Es fragt sich, ob die Kondiktion der umgeschaffenen Forderung immer dann ausgeschlossen ist, wenn die Umschaffung in Kenntnis der Nichtigkeit der kausalen Forderung erfolgt. Das ist nach dem im letzten Absatz Ausgeführten dann zu verneinen, wenn eine Klage des

[110] Vgl. zum Folgenden v. Rümelin Ziv. Arch. 97, 343 ff. und 98, 229 ff. sowie Kipp zu Windscheid Bd. I, S. 182.

Gläubigers einen Mißbrauch der Gerichtseinrichtung darstellen würde, insbesondere, wenn die kausale Forderung im Interesse Dritter nicht am Vertrag beteiligter Personen oder im Interesse der Allgemeinheit für nichtig erklärt wurde.

Ein kurzer Blick ist noch auf § 813 Abs. 2 BGB. zu werfen. Die Rückforderung nach Bereicherungsrecht ist ausgeschlossen, wenn eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt wird. Die Bestimmung enthält dann eine Unbilligkeit gegenüber dem Schuldner, wenn diesem das Hinausschieben der Fälligkeit unbekannt ist. Diese Unbilligkeit wäre noch härter, wenn der Schuldner, der die alte Forderung in Unkenntnis der Betagung nur umgeschaffen hat, zur vorzeitigen Bezahlung gezwungen werden könnte. Es ist etwa an den Fall zu denken: Der Erbe des Käufers hätte gern einen Zahlungsaufschub. Da der Erbe des Verkäufers damit einig geht, wird die Forderung in ein abstraktes Schuldversprechen umgeschaffen, das nach einem Jahr erfüllt werden soll. Nachher stellt sich heraus, daß die Kaufpreisforderung erst zwei Jahre später fällig gewesen wäre. Hier sind beide Parteien bei der Gewährung des Zahlungsaufschubs von falschen Voraussetzungen ausgegangen. Deshalb kann der Schuldner dem Gläubiger eine exceptio doli entgegenhalten, wenn dieser das abstrakte Schuldversprechen vor dem Zeitpunkt einklagt, in dem die alte Forderung fällig geworden wäre[111]. § 813 Abs. 2 BGB. ist restriktiv auszulegen und auf die Fälle zu beschränken, wo der Gläubiger tatsächlich befriedigt wurde, wie etwa bei der Hingabe einer Sache an Erfüllungsstatt; er bezieht sich nicht auf die Fälle der Umschaffung.

Zusammenfassend ist also zu sagen: Es ist Tatfrage, welche der alten Forderung anhaftenden Mängel auch gegen die umgeschaffene Forderung geltend gemacht werden können. War die alte Forderung nichtig, so ist die umgeschaffene Forderung, von Ausnahmefällen abgesehen, nur kondizierbar. Der Schuldner muß sich gegen das Leistungsverlangen des Gläubigers grundsätzlich mit der Einrede der Bereicherung wehren; der Richter hat jedoch die Einrede dann auch ohne ausdrückliche Erklärung des Schuldners als erhoben anzusehen, wenn das Verlangen des Gläubigers einen Mißbrauch der Gerichtseinrichtung darstellt.

§ 13.

Umschaffung und Leistung an Erfüllungsstatt[112].

Es wurde oben § 8 ausgeführt, daß sich weder aus den positiven Normierungen des Gesetzes, noch aus der Gesetzgebungsgeschichte etwas über das Verhältnis der Umschaffung zur Leistung an Erfüllungsstatt entnehmen läßt, daß vielmehr die einzelnen Fragen, die sich an die Umschaffung knüpfen, aus der Interessenlage heraus entschieden werden

[111] Vgl. Rümelin Ziv. Arch. 98, 243 ff.

[112] Die herrschende Lehre nimmt an, daß in der rechtlichen Behandlung der Umschaffung und der Hingabe einer Sache an Erfüllungsstatt keine Unterschiede bestünden, vgl. außer den in § 1 angeführten Schriftstellern RG. 124, 365/66 und Rätekommentar 1 zu § 364.

müssen. Schon im vorigen Paragraphen hat sich gezeigt, daß bei der Beantwortung von einzelnen Fragen Umschaffung und Leistung an Erfüllungsstatt ihre eigenen Wege gehen, was eine Folge davon ist, daß bei der Umschaffung das alte Kreditverhältnis fortgesetzt, bei der Leistung an Erfüllungsstatt der Gläubiger befriedigt wird. Dafür sollen nun noch weitere Belege beigebracht werden.

Aus § 3 Abs. 2 des Aufwertungsgesetzes ergibt sich, daß trotz einer etwaigen Umschaffung der Zeitpunkt der Entstehung der alten Forderung auch weiterhin als Entstehungszeitpunkt der Forderung im Sinne des Aufwertungsrechts gilt[113]. Das Aufwertungsrecht legt also in diesem Punkt das entscheidende Gewicht nicht auf die formelle Seite der Umschaffung, Aufhebung und Neuschaffung, sondern auf die materielle, die Fortsetzung des alten Kreditverhältnisses.

Wurde ein Schenkungsversprechen über M. 100.— erteilt und gibt der Schuldner dem Gläubiger eine Sache oder ein Recht gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt, so treten die Erfüllungswirkungen ein: Die Vollziehung einer Auflage kann verlangt werden, an die Stelle der Einrede des Notbedarfs tritt ein nach 10 Jahren erlöschendes Rückforderungsrecht, bei remuneratorischen Schenkungen ist dieses ausgeschlossen[114]. Diese Wirkungen knüpfen sich nicht auch an die Umschaffung. Die Erfüllung einer Auflage kann nicht verlangt werden, der Beschenkte hat ja den Gegenwert noch nicht in Händen. Die Einrede des Notbedarfs bleibt bestehen, auch über 10 Jahre hinaus und auch bei remuneratorischen Schenkungen. Der Schenker hat auch weiterhin nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen. Eine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen besteht auch jetzt nicht. Der Grund für die unterschiedliche Behandlung der Umschaffung und der Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt liegt darin, daß bei ersterer das Kreditverhältnis fortgesetzt bei letzterer der Gläubiger befriedigt wird. Eine Ausnahme gilt allerdings, wenn das Schenkungsversprechen in ein Versprechen, das zirkulieren soll (Schuldversprechen, bei dem zugunsten von Drittnehmern auf die Einreden verzichtet ist, Wechsel) umgeschaffen wird. Hier kann der Vollzug einer Auflage ver-

---

[113] So Quassowsky, Aufwertungsgesetz 1926 S. 64; Nachträge zu Mügel, das gesamte Aufwertungsrecht 1926 S. 210.

[114] Ob für Mängel nach Kaufgrundsätzen gehaftet wird (§ 365 BGB.) ist bestritten, dürfte aber zu verneinen sein, vgl. Enneccerus I, 2 Anm. 3 zu § 288 und die dort Zitierten. Die Motive zu § 265 BGB. (jetzt 365) nehmen in diesem Fall allerdings Haftung nach Kaufgrundsätzen an, aber mit der unrichtigen Begründung, die datio in solutum zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens lasse sich nicht wieder als Schenkung betrachten. Tatsächlich ist aber dem Gläubiger der an Erfüllungsstatt hingegebene Gegenstand nach dem Willen der Parteien unentgeltlich zugewandt worden. Er ist um diesen Gegenstand bereichert. Deshalb haftet der Schuldner für Mängel des Gegenstands nur nach Schenkungsgrundsätzen. So insbesondere Stampe: Das Causaproblem des Zivilrechts, Greifswald 1904 S. 7 u. 43, der auf den „wirtschaftlichen Gesamterfolg" abstellt.

langt werden, sobald der Beschenkte das Zirkulationspapier zu Geld gemacht haben kann.

Gibt der Beschenkte einem Auflagebedachten eine Sache oder ein Recht gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt, etwa an Stelle von M. 300.— für eine Reise, ein Rundreisebillet durch Tirol, so ist die Auflage vollzogen. Damit erlischt für den Schenker das Recht, die Rückforderung des Geschenks im Rahmen des § 527 BGB. wegen Nichtvollzugs der Auflage zu verlangen. Schließt aber der Erbe des Schenkers, der nicht sicher ist, ob eine solche Auflage bestand, mit dem Beschenkten einen Vergleich ab, die Auflage solle unter Ausschaltung eines früher etwa bestehenden Anspruchs M. 200.— betragen, dann kann er die Rückforderung des Geschenks bis zu M. 200.— trotz der Umschaffung verlangen, wenn der Beschenkte auch diese Auflage nicht vollzieht. Ebenso kann der Schenker in diesem Fall trotz der Umschaffung gemäß § 335 BGB. Auszahlung der Auflage an den Bedachten verlangen. Nach der Hingabe einer Sache an Erfüllungsstatt kann er das nicht mehr.

Die Vergütung des Verkaufsagenten wird fällig, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist, d. h. wenn der Geschäftsherr den Kaufpreis in Händen hat (§ 88 Abs. 1 Satz 2 HGB). Nimmt dieser eine Sache oder ein Recht gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt an, dann ist die Provision fällig, nicht aber, wenn die Kaufpreisforderung umgeschaffen wird. Wurde mit der Umschaffung zugleich die Höhe der Kaufpreissumme geändert, erhält der Verkaufsagent seine Provision aus der geänderten Summe; eine Verminderung seiner Provision muß er sich nur dann gefallen lassen, wenn der Geschäftsherr bei der Herabsetzung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht verletzt hat. Gibt der Kaufpreisschuldner einen Wechsel oder ein anderes Zirkulationspapier hin, so ist die Provision erst mit dem Eingang des Wechsels fällig. Was für das Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Verkaufsagenten ausgeführt wurde, gilt entsprechend für das Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, wenn letzterer die Forderung gegen den Käufer an den Kommittenten abgetreten hat, (vgl. § 396 HGB).

Die durch die Umschaffung begründete Forderung unterliegt an sich der 30jährigen Verjährung. Die kürzere Verjährungsfrist der ursprünglichen Schuld kann jedoch durch Parteivereinbarung auf die neue Schuld übertragen werden[115]. Es ist nicht erforderlich, daß dies ausdrücklich geschieht. Aus den Umständen, d. h. aus dem Geschäftszweck kann sich ergeben, daß die kürzere Verjährungsfrist der alten Forderung aufrecht erhalten bleiben solle. Wenn z. B. im Garten des A der Salat von Hühnern gefressen wird, es nicht sicher zu erweisen ist, ob es die Hühner des B waren und nun beide vereinbaren, B solle 60% des Schadens tragen, so wird zwar diese neue Forderung nach der Absicht der Parteien die alte unsichere Forderung ersetzen sollen, die neue Forderung unterliegt jedoch der 3jährigen Verjährungsfrist, auch wenn das

[115] Vgl. RGZ 75, 4. Zu eng ist die Fassung v. Tuhrs Allg. Teil des Dt.Bürg. Rechts Bd. III. S. 521.

nicht ausdrücklich ausgemacht wurde. Ebenso wird die Uebertragung der kürzeren Verjährungsfrist der alten Obligation auf die neue beim titulierten Schuldversprechen häufig sein. Anders ist es bei der Abrechnung und in den Fällen der Gesamtregelung aller Beziehungen, etwa weil eine Partei nach Amerika auswandert: Hier gilt die 30jährige Verjährungsfrist, wenn die neue Forderung nicht anderweit, etwa als Forderung unter Kaufleuten einer kürzeren Verjährungsfrist unterliegt. Handelt es sich um einen generellen Einredeverzicht oder um den Verzicht auf die Geltendmachung von Kauf- oder Werkvertragsmängeln, so wird in der Regel die kurze Verjährung fortdauern sollen.

Bezüglich der Verzinsung erheben sich zwei Fragen: Inwieweit sind in der umgeschaffenen Forderung die verfallenen Zinsen enthalten und wann ist auch die neue Forderung verzinslich? Die zweite Frage tritt bei der Leistung an Erfüllungsstatt nicht auf. Liegt der Umschaffung ein Vergleich, eine Abrechnung oder die Tendenz der Gesamtregelung zugrunde, so sind in der neuen Forderung die verfallenen Zinsen regelmäßig enthalten. Im übrigen ist es Auslegungsfrage; einen Anhaltspunkt bietet in vielen Fällen die Höhe der neu geschaffenen Forderung. Ob eine schon verfallene Vertragsstrafe in der umgeschaffenen Forderung enthalten ist, ist nach denselben Gesichtspunkten zu beurteilen.

Häufig wird mit der Stammschuld zugleich die Verpflichtung zur Zinszahlung umgeschaffen, z. B. wenn gestundete Kaufpreisforderungen umgeschaffen werden. Ist dies nicht der Fall, so kann daraus noch nicht der Schluß gezogen werden, daß die Verpflichtung zur Zinszahlung für die Zukunft aufgehört habe. Die Zinsenforderung ist zwar in ihrer Entstehung akzessorisch zur Stammschuld; das bedeutet aber nur, daß eine Forderung überhaupt bestehen müsse, wenn die Zinsschuld entstehen soll. Die Umschaffung der Stammschuld steht dem Fortbestehen der Zinsenforderung, wenn die Parteien das wollen, nicht entgegen. Dies wird z. B. beim Vergleich und bei der Umschaffung zum Zwecke des Verzichts auf Kauf- und Werkvertragsmängel die Regel sein. Die Zinsen sind beim Vergleich aus dem Betrag der neuen Forderung zu zahlen. Die Verpflichtung zur Zinszahlung besteht in den Fällen nicht, wo die künftig fällig werdenden Zinsen schon in die neue Forderung eingerechnet sind (so regelmäßig beim Wechsel).

Nach Jäger[116] erlöschen die Konkursprivilegien schlechthin, wenn eine Umschaffung vorgenommen oder überhaupt eine Schuld nach § 607 Abs. 2 BGB. in ein Darlehen umgewandelt wird. Da die Abrechnung eine „Novation" enthalte, erlösche mit der Saldoziehung das Konkursprivileg. Diese Behandlungsweise wird den Verschiedenheiten der Interessenlage nicht gerecht. Ist z. B. strittig, ob A Lohn für fünfzig Stunden vom 15.—21. August zustehe und vergleichen sich beide Teile dahin, daß dem A statt 50 nur 30 Stunden zu zahlen seien, so soll zwar die neue Schuld die alte unsichere ersetzen, aber auch sie ist eine Schuld aus einem Arbeitsverhältnis und genießt das Konkursprivileg des § 61 Abs. 1 Ziff. 1 K. O. Allerdings wird den übrigen Konkursgläubigern in die-

[116] Vgl. Jäger, Kommentar zur Konkursordnung Anm. 11 zu § 61.

sem Fall der Nachweis offen stehen, daß tatsächlich keine Forderung aus dem Arbeitsverhältnis vorlag. Dann bekommt A nur eine Konkursquote. Bei der Regelung aller Beziehungen unter den Parteien, etwa wenn B auswandert und mit seinem Gläubiger X alle seine Schulden, auch die streitigen, einredebehafteten usw. glattstellen will, geht das Konkursprivileg unter. Ebenso ist es bei der Abrechnung, sofern es sich nicht auf einer Seite um lauter bevorrechtete Forderungen handelt, etwa bei einem Saldo zugunsten eines Arztes, der die Familie eines Rittergutbesitzers ständig behandelt und dafür von diesem Mehl, Kartoffeln, Obst, Eier usw. zum Tagespreis geliefert erhält, wobei monatlich abgerechnet wird. Es ist also Tatfrage, ob mit der Umschaffung die Konkursprivilegien erlöschen.

Besteht ein Gesamtschuldverhältnis, so fragt es sich, welchen Einfluß die Umschaffung der Schuld eines Gesamtschuldners auf die Verpflichtungen der übrigen ausübt. Diese Frage ist nach Gemeinem und Schweizerischem Recht, wie oben dargelegt, bestritten. Die Ansicht von Enneccerus ist widerspruchsvoll: In I, 2 § 317, II, 1 b sagt er ganz allgemein, daß mit der Leistung an Erfüllungsstatt die übrigen Gesamtschuldner befreit würden. In § 317 II, 2 b sagt er, daß die „Novation" an sich nur persönlich wirke. In I, 2 § 398 Anm. 16 wird aber die Schuldbegründung in solutum der Schuldbegründung novandi causa gleichgestellt. Er sagt, die Schuldbegründung an Zahlungsstatt sei ein Zeichen für die Novationsabsicht und dafür, daß die Schuld für alle Gesamtschuldner aufgehoben sein solle. Es wurde schon bei der Darstellung des römischen Rechts (vgl. oben § 3 gegen Schluß) darauf hingewiesen, daß die Befreiung der übrigen Gesamtschuldner bei der Umschaffung der Schuld eines Gesamtschuldners häufig den Interessen beider Parteien des Umschaffungsgeschäfts zuwiderläuft. Es hängt deshalb ganz von den Umständen ab, ob die übrigen Gesamtschuldner befreit werden oder nicht. Erfolgt die Umschaffung im Vergleichsweg und wird dabei die zu zahlende Summe ermäßigt, so kommt dies nur dem Gesamtschuldner, der die Umschaffung vollzogen hat, zugute, nicht aber den übrigen, die in alter Höhe weiterhaften. Der Regreßanspruch der übrigen Gesamtschuldner wird durch die Umschaffung nicht berührt. Haben z. B. A, B und C den X mißhandelt, wobei streitig ist, ob der zahlungskräftige D beteiligt war und schließt D mit X einen Vergleich ab, auf Grund dessen er dem X gegenüber nur für 50% des Schadens haften solle, so kann er dem Regreßanspruch des A, B oder C immer noch entgegenhalten, daß er nicht beteiligt war. Weisen die übrigen Missetäter seine Beteiligung nach, so können sie gegen ihn in Höhe seines Anteils am gesamten Schaden Regreß nehmen. Nimmt A, der mit X in Kontokorrentverkehr steht, mit dem Einverständnis des X seine Schuld in das Kontokorrent auf und erfolgt die Abrechnung, so werden die übrigen Gesamtschuldner befreit und A kann seinen Regreßanspruch gegen sie geltend machen. Wenn A dem X einen Wechsel ausgehändigt hat, den X zu Geld machen soll, so haften die übrigen Gesamtschuldner weiter, aber nur subsidiär hinter dem Wechselschuldner. Während es bei der Umschaffung von den Umständen abhängt, ob die übrigen Gesamtschuldner befreit werden oder nicht, tritt bei der Befriedigung des

Gläubigers durch Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt immer Befreiung der übrigen Gesamtschuldner ein. Bei der Hingabe des Rechts gegen einen Dritten dürfte allerdings meist die Weiterhaftung aller Gesamtschuldner dem Parteiwillen entsprechen; der Gläubiger ist nur verpflichtet, zuerst aus dem übertragenen Recht Befriedigung zu suchen. Er kann nur subsidiär auf die Gesamtschuldner zurückgreifen.

§ 14.

Umschaffung und Sicherungen.

Die Verschiedenheiten, die bei der rechtlichen Behandlung der datio in solutum einerseits und der Umschaffung andererseits bestehen, lassen die Frage auftauchen, ob die Sicherheiten, die für die aufgehobene Forderung bestellt waren, in beiden Fällen gleich zu behandeln sind. Wird eine Sache oder ein Recht gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt hingegeben, so ist der Gläubiger befriedigt und die Sicherungen erlöschen bzw. es entsteht ein Eigentümerpfandrecht. Es wird nun allgemein gelehrt, daß dies auch bei der Umschaffung einer Forderung der Fall sei[117]. Diese Abhängigkeit des Sicherungsrechts von der Hauptverbindlichkeit ist das Dogma der Akzessorietät. Viele Schriftsteller gehen sogar soweit, aus diesem Dogma abzuleiten, daß die Anerkennung des Kontokorrentsaldos, bei dem gemäß § 356 HGB. die Sicherungen fortbestehen, soweit die ursprüngliche Forderung im Saldo enthalten ist, eben deshalb keine „Novation" enthalten könne, weil die Sicherungen fortbestünden[118]. Allen diesen Schriftstellern ist es aber bei dem Erlöschen der Sicherungen nicht recht wohl. Staudinger V, 1 A a zu § 364 und Dernburg II S. 304 sagen, es liege evtl. eine gleichzeitige Neubestellung des Sicherungsrechts vor, wenn dessen Voraussetzungen vorlägen, so wenn dem Gläubiger die gepfändete Sache oder der Hypothekenbrief gelassen wird. Das geht nicht, wenn ein Dritter Verpfänder ist. Beim Bürgen ist damit auch nicht zu helfen. Ziemlich allgemein wird gesagt, daß eben wegen dieses Erlöschens der Sicherungsrechte im Zweifel keine Umschaffung anzunehmen sei[119]. Kipp[120] will dadurch helfen, daß er unter Umständen ein Wiederaufleben der alten Forderung annimmt. Dagegen spricht, daß die Abgrenzung der Fälle, in denen ein Wiederaufleben stattfinden könnte, sehr willkürlich ist. Für die Fälle der Umschaffung kann Kipp keinen Ausweg angeben, weil hier auf die alte Forderung gerade nicht mehr zurückgegriffen werden soll, ein Wiederaufleben also nicht in Frage

[117] Vgl. Windscheid Anm. 3 b und Anm. 10 zu § 353, Enneccerus I, 2 § 298 III A. 3.

[118] Vgl. Enneccerus I, 2 § 298 A 5, dagegen Rümelin Ziv. Arch. 98, 190 ff.

[119] So nimmt Siber a. a. O. II S. 313 an, daß im Fall des § 607 Abs. 2 im Zweifel entweder nur eine Inhaltsänderung vorliege oder die neue Forderung neben die alte treten sollte, weil so die Sicherungen nicht erlöschen (vgl. auch II, 1 a β zu § 305).

[120] Vgl. Kipp zu Windscheid I § 47 S. 214 (9. Auflage).

kommt. Und doch sind das die Fälle, in denen das Bedürfnis nach dem Fortbestand der Sicherungen am größten ist.

Auch die Motive zu § 264 (jetzt 364) vertreten die Ansicht, die Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit „an Erfüllungsstatt" habe die Befreiung der Bürgen und Pfänder zur Folge. Sie begründen diese Ansicht mit der von ihnen behaupteten Gleichstellung der Umschaffung mit der Hingabe einer Sache an Erfüllungsstatt. Daß diese Gleichstellung nach dem BGB. nicht rechtens ist, wurde im vorigen Paragraphen erörtert. Daraus ergibt sich, daß auch die Frage, ob die Sicherungen mit der Umschaffung erlöschen, unabhängig von jenen Aeußerungen der Motive zu untersuchen ist (vgl. hiezu auch die Ausführungen oben § 8 am Anfang).

Bei der Lösung dieses Problems ist davon auszugehen, daß die Frage, ob bei der Umschaffung die Sicherungen bestehen bleiben, und die Frage, ob die Forderung eine neue Klagbasis erhält, zwei voneinander zu trennende Fragen sind, die an sich keiner einheitlichen Lösung bedürfen. Das „Erlöschen" einer Forderung ist nicht mit dem Tode zu vergleichen, bei dem alle Beziehungen des Verstorbenen mit einem Schlag erlöschen. Wenn man vom Erlöschen einer Forderung spricht, so ist das nur ein Bild, die Uebertragung einer naturwissenschaftlichen Vorstellung auf einen Vorgang des Rechtslebens. Diese Uebertragung darf nur soweit durchgeführt werden, als sie der Interessenlage entspricht. Die verschiedenen Rechtsordnungen haben deshalb auch das Dogma von der Akzessorietät der Sicherungsrechte bei der Umschaffung mehr oder weniger verlassen. Die Römer ließen bei der novatio necessaria die Sicherungen schlechthin fortbestehen. Bei der gewöhnlichen Novation konnte das Fortbestehen der Pfandrechte nach justinianischem Recht von den Parteien vereinbart werden. Nach französischem Recht kann sich der Gläubiger durch einfachen Vorbehalt den Fortbestand der Sicherungen ausbedingen und nach geltendem Recht bestehen nach der Anerkennung des Kontokorrentsaldos die Sicherungen fort, soweit die gesicherte Forderung im Kontokorrentsaldo enthalten ist.

Nun ordnet allerdings das BGB. in den § 1252 und 1163 Abs. 1 Satz 2 ganz allgemein an, daß mit dem Erlöschen der gesicherten Forderung auch das Pfandrecht untergehen bzw. eine Eigentümerhypothek entstehen soll. Nach § 765 BGB. haftet der Bürge nur für die Erfüllung der (augenblicklich bestehenden sagt man) Verbindlichkeit. Man kann schon in § 765 BGB. stutzig werden. Hier verpflichtet sich der Bürge für die „Erfüllung" der Forderung des Gläubigers gegen den Dritten einzustehen. Nach dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten erscheint es aber zum mindesten fraglich, ob man bei der Umschaffung von einer Erfüllung der alten Forderung sprechen kann. Wenn man in der Umschaffung ein Erlöschen und damit die Erfüllung der alten Forderung sieht, ist einseitig auf die formelle konstruktive Seite des Geschäfts abgestellt und nicht berücksichtigt, daß in materieller Hinsicht das alte Kreditverhältnis weiterbesteht. Die Frage des Fortbestands der Sicherung bei der Umschaffung wollte das Gesetz durch den Wortlaut der zitierten Para-

graphen, die auf die Fälle der Befriedigung des Gläubigers zugeschnitten sind, nicht regeln. Es liegt also eine Gesetzeslücke vor, die nach billiger Interessenabwägung ausgefüllt werden muß. Dies soll im Folgenden für die einzelnen Sicherheitsrechte gesondert durchgeführt werden

Bei der Verkehrshypothek macht das Dogma von der Akzessorietät der dinglichen Schuld gegenüber der persönlichen wenig Schwierigkeit. Hier bedeutet Akzessorietät nur, daß überhaupt eine persönliche Schuld bestehen, aber nicht, daß dies ein für allemal die gleiche Schuld sein müsse. So tritt in § 1164 BGB. kraft Gesetzes die Regreßforderung des persönlichen Schuldners gegen den dinglichen an die Stelle der ursprünglich gesicherten Schuld und gemäß § 1180 BGB. kann die gesicherte persönliche Forderung ausgewechselt werden, allerdings nur unter Mitwirkung des dinglichen Schuldners. Dadurch soll vermieden werden, daß zunächst eine Eigentümerhypothek entsteht, die dann sofort wieder in eine Fremdhypothek verwandelt würde. Dies trifft erst recht für den Fall der Umschaffung einer Forderung zu. Es ist hier aber unnötig, eine Mitwirkung des dinglichen Schuldners zu verlangen, soweit seine Haftung gegen früher nicht erweitert werden soll. Der Gläubiger hat kein Interesse daran, seine dingliche Sicherung zu verlieren, und auch der persönliche Schuldner wird es nicht wünschen, weil er dem Gläubiger für den Verlust der dinglichen Sicherung meist ein Aequivalent (anderweitige Sicherheit oder höheren Zinssatz) wird gewähren müssen. Der dingliche Schuldner seinerseits hat kein Recht darauf, befreit zu werden, ohne daß der Gläubiger befriedigt ist. Ein Laie würde deshalb auch nicht leicht darauf kommen, daß hier der dingliche Schuldner mitwirken sollte. Der macht sich ja nach dem oben Ausgeführten regelmäßig nicht einmal eine klare Vorstellung darüber, daß die alte Forderung erlischt, vielmehr muß dies erst aus dem Geschäftszweck erschlossen werden. Das gilt zunächst in den Fällen, in denen die Parteien alle ihre Beziehungen abschließend regeln wollen, etwa weil die Geschäftsbeziehung zwischen ihnen gelöst werden soll. Hier ist die Analogie zu § 356 HGB. am Platze. Sodann gilt es, wenn mit der Umschaffung ein allgemeiner Einredeverzicht oder ein Verzicht auf die Mängelrüge beim Kauf und Werkvertrag bezweckt ist. Ist zweifelhaft, ob A dem B ein Darlehen von M. 1200.— ausbezahlt hat und vergleichen sich die Parteien dahin, das Darlehen solle in eine Forderung von M. 800.— umgeschaffen werden, so haftet die Hypothek für das Darlehen, und zwar, wenn dinglicher und persönlicher Schuldner identisch sind, schlechthin. Sind dinglicher und persönlicher Schuldner nicht identisch, so kann der dingliche Schuldner immer noch einwenden, das Darlehen sei gar nicht ausbezahlt worden. Seine Stellung darf nicht verschlechtert werden. Der dingliche Schuldner bleibt auch dann verhaftet, wenn durch die Umschaffung die Fälligkeit der Forderung hinausgeschoben wird. Er kann sich gegen eine übermäßige zeitliche Ausdehnung seiner Haftung dadurch schützen, daß er gemäß § 1142 BGB. an den Gläubiger zahlt, sobald der persönliche Schuldner zur Zahlung der alten Forderung berechtigt ist. Dann kann er seinen Regreßanspruch gemäß § 1143 BGB. gegen den persönlichen Schuldner geltend machen. Dieses Recht kann ihm durch die Umschaffung nicht genommen werden. Ganz allgemein ist endlich zu

sagen, daß in den Fällen, in denen der dingliche Schuldner im Endeffekt zahlen muß, wo also der persönliche Schuldner dem dinglichen Hilfsstellung gibt (vgl. § 1164 BGB.) eine Umschaffung der persönlichen Forderung die dingliche nicht berührt. Es ist dabei an Fälle wie folgenden zu denken: A will von G M. 1000.— gegen zweite Hypothek an seinem des A Grundstück aufnehmen. G läßt sich nur dann darauf ein, wenn B als persönlicher Schuldner interzediert. Nachdem B dies getan, wird die Hypothek bestellt. B macht aber später geltend, er sei damals geisteskrank gewesen. G und B schaffen die ursprüngliche persönliche Forderung in eine Darlehensforderung in Höhe von M. 600.— im Vergleichsweg um. Hier wird A, Zurechnungsfähigkeit bei der Umschaffung vorausgesetzt, nicht befreit, vielmehr besteht die Hypothek in Höhe von 600 M. weiter, weil A das Geld erhalten und B ihm nur Hilfsstellung gegeben hat[121]. Hinsichtlicht der weiteren 400 M. dürfte eine durch die Hypothek gedeckte persönliche Schuld des A an den G bestehen.

Das für die Verkehrshypothek Gesagte gilt entsprechend bei der Sicherungshypothek, der Grundschuld und der Sicherungsübereignung von Grundstücken und beweglichen Sachen. Auch diese Rechte bestehen regelmäßig weiter, wenn die Forderung umgeschaffen wird. Die Vormerkung einer Hypothek oder einer Grundschuld zur Sicherung der alten Forderung bleibt zugunsten der umgeschaffenen Forderung wirksam. Das verdient hervorgehoben zu werden, weil hier kein Eigentümerpfandrecht entsteht, der Rang der Vormerkung also verloren ginge. Ebenso bleibt der Anspruch des Werkunternehmers auf Bestellung einer Sicherungshypothek bestehen, wenn die Werklohnforderung etwa zwecks genereller Beseitigung der Mängelhaftung des Werkunternehmers umgeschaffen wird.

Beim Pfandrecht an beweglichen Sachen besteht ein besonders dringendes Bedürfnis, den Fortbestand des Pfandrechts bei der Umschaffung zuzulassen. Da hier beim Erlöschen des Pfandrechts kein Eigentümerpfandrecht entsteht, vielmehr die nachfolgenden Pfandrechte aufrücken, kann die umgeschaffene Forderung nach der herrschenden Lehre nur an letzter Stelle durch ein neues Pfandrecht gesichert werden. Ein

[121] Es entspricht der Laienanschauung nicht, daß die Hypothek als Akzessorium zur persönlichen Forderung behandelt wird. Dies ergibt sich schon daraus, daß man, anders als beim Pfandrecht an beweglichen Sachen, von der Hypothek, nicht von der durch sie gesicherten Forderung spricht. Die Laienanschauung hat ihren Niederschlag im Gesetz in § 2166 BGB. gefunden. Ruht auf dem vermachten Grundstück eine Hypothek, so ist der Vermächtnisnehmer, also der dingliche Schuldner, nicht aber der Erbe verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen. Auch die Vorschrift des § 416 BGB. beruht auf dem Gedanken, daß für den Laien die dingliche Sicherung im Vordergrund steht. Verbesserungsfähig ist insbesondere § 1137 BGB., der auf die Fälle nicht paßt, in denen der persönliche Schuldner dem dinglichen Schuldner Hilfsstellung gibt; hier hat es keinen Sinn, dem dinglichen Schuldner die Einreden zu gewähren, die dem persönlichen Schuldner gegen den Gläubiger zustehen, vielmehr wird es hier der Interessenlage entsprechen, dem persönlichen Schuldner die Einreden zu geben, die der dingliche Schuldner gegen den Gläubiger geltend machen kann.

solcher Rangverlust ist höchst unbillig. Eine Analogie zu § 1256 Abs. 2 BGB. ist nicht möglich, weil dieser Paragraph ausdrücklich auf den Fall der Konfusion beschränkt ist. Befindet sich die Sache im Besitz eines Dritten, so wäre, auch soweit nachstehende Berechtigte nicht vorhanden sind, bei der Umschaffung Mitteilung an den Dritten gemäß § 1205 Abs. 2 BGB. erforderlich, wenn das Pfandrecht neu bestellt werden müßte. Das ist unnötig, weil dem Dritten schon seinerzeit bei der ersten Verpfändung Bescheid gesagt wurde. Ein Laie würde auch nie darauf kommen, daß hier die Anzeige an den Dritten wiederholt werden muß und würde durch diese Falle regelmäßig sein Pfandrecht verlieren. Zudem wirkt es nicht eben kreditfördernd, wenn der Dritte öfters von der Verpfändung derselben Sache durch den Eigentümer erfährt. Daß von dem Erfordernis der Anzeige an den Schuldner aus Zweckmäßigkeitsgründen dann abgesehen werden kann, wenn die Anzeige einfach sinnlos wäre, hat RGZ. 116, 207 ausgesprochen. Es handelte sich hier um die Verpfändung einer Gegenforderung des Schuldners gegen den Gläubiger durch den Schuldner an den Gläubiger für eine Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner. Alle diese Umstände zwingen dazu, das Pfandrecht an beweglichen Sachen trotz der Umschaffung der persönlichen Forderung fortbestehen zu lassen, wenn es dem Parteiwillen entspricht, und das ist so sehr die Regel, daß eine praesumptio facti dafür spricht, das Gegenteil also bewiesen werden müßte. Das gilt auch bei den gesetzlichen Pfandrechten an beweglichen Sachen gleichgültig, ob es Besitzpfandrechte oder besitzlose Pfandrechte sind. Es gilt auch vom Pfandrecht an Rechten.

Etwas anders liegt die Sache bei der Bürgschaft. Hier ist das Dogma von der Akzessorietät strenger durchgeführt als bei der Hypothek. Es ist nicht nur Anlehnung an überhaupt eine Forderung verlangt, sondern Anlehnung an eine ganz bestimmte Forderung. Ebenso wie die Formvorschrift des § 766 BGB. und die gegenüber dem Gemeinen Recht verstärkte Verteidigungsmöglichkeit des Bürgen gemäß § 768 BGB. dient die Akzessorietät der Bürgschaftsforderung an die Hauptforderung dazu, den Bürgen zu schützen (vgl. § 767 BGB.). Daraus geht nun aber hervor, daß die Akzessorietät nur soweit dem Willen des Gesetzgebers entspricht, als sie zum Schutze des Bürgen erforderlich ist.

Man könnte nun geltend machen, das Erlöschen der Bürgschaftsverpflichtung mit der Umschaffung sei erforderlich, um den Bürgen gegen zu lange zeitliche Ausdehnung seiner Verpflichtung zu schützen. Dazu bedarf es aber der Bezugnahme auf die Akzessorietät nicht, denn dieser Gedanke findet seine Stütze schon in § 777 BGB. Aus diesem Paragraphen zusammen mit § 776 BGB. ist der Gedanke zu entnehmen, daß der Gläubiger für culpa in exigendo einzustehen habe. Die Gründe, die Enneccerus[122] gegen die Annahme der allgemeinen Gültigkeit dieses Satzes einwendet, sind nicht stichhaltig: Mit der Einrede der Vorausklage hat die culpa in exigendo nichts gemein; daraus, daß das Bürgschafts-

[122] Vgl. Enneccerus a. a. O. I, 2, § 415 IV, 1 b. v. Heck Schuldrecht § 127, 3 a nimmt an, eine gewisse Sorgfaltspflicht des Gläubigers ergebe sich aus den § 157, 242 BGB.

versprechen eine streng einseitige Verpflichtung erzeugt, geht noch lange nicht hervor, daß nicht auch der Gläubiger zur Erreichung des Vertragszwecks das seine durch sorgfältiges Handeln beitragen müsse: § 777 und 776 BGB. zeigen das deutlich. Daß § 776 als Ausnahmevorschrift restriktiv auszulegen sei, ist eine Behauptung, aber kein Beweis; auch Einzelvorschriften sind analoger Anwendung fähig, wenn ihr Grundgedanke in anderen Ausnahmefällen zutrifft. Wenn § 777 BGB. als Ausnahmevorschrift restriktiv auszulegen bzw. ein Umkehrschluß daraus zu ziehen wäre, dann müßte man konsequenterweise sagen, daß er damit auch die Beschränkung der zeitlichen Haftung des Bürgen abschließend regle und man dürfte zu diesem Zweck nicht das Dogma von der Akzessorietät der Bürschaftsforderung heranziehen.

Da der Gesetzgeber keine positive Regelung getroffen hat, müssen wir die Frage, welchen Einfluß die Umschaffung auf die Verpflichtung des Bürgen ausübt, aus der Interessenlage heraus entscheiden. Die Haftung des Bürgen endet nicht, wenn mit der Umschaffung ein Vergleich, ein Verzicht auf Mängel beim Kauf- oder Werkvertrag oder ein Einredeverzicht bezweckt ist. Nur ist zu beachten, daß die Haftung des Bürgen durch die Umschaffung nicht erschwert werden darf (§ 767 Abs. 1 Satz 3 und § 768 Abs. 2 BGB.). Dem Bürgen bleiben die Verteidigungsmöglichkeiten aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis. Bei der Klagbarmachung von Naturobligationen wird der Mangel der Klagbarkeit der Hauptverbindlichkeiten dem Bürgen häufig schon bei der Uebernahme der Bürgschaft bekannt gewesen sein; dann kann er sich nach der Umschaffung nicht darauf berufen, es habe sich um eine Naturobligation gehandelt. Das Bürgschaftsversprechen dürfte in diesem Fall als Garantievertrag aufzufassen sein, weil der Bürge nicht in der Hoffnung gehandelt hat, er werde nicht in Anspruch genommen werden, sondern von vornherein mit einem evtl. entstehenden Ausfall gerechnet hat[123].

Nach denselben Gesichtspunkten ist die Frage zu entscheiden, ob ein Verkaufskommissionär, der für den Käufer Delcredere gestanden ist, durch die Umschaffung der Kaufpreisforderung von seiner Haftung befreit wird.

Ueberblickt man die Behandlung der Sicherheiten bei der Umschaffung, so kann zusammenfassend gesagt werden: Ob die Sicherheiten erlöschen oder nicht, ist aus der Interessenlage heraus zu entscheiden, meist erlöschen sie nicht. Es dürfen keine logischen Folgerungen aus dem formellen Untergang der alten Forderung gezogen werden, weil diese in neuer Form weiterlebt. Die Umschaffung unterscheidet sich dadurch

[123] Das R.G. hat in Jur. W. 03 Beil. 96 einen beachtenswerten Anlauf genommen, um zu diesem Resultat zu gelangen. Schief ist nur die Begründung, es liege keine „Novation" vor, da der Schuldgrund nach wie vor der Kredit sei, welchen die Kl. der Firma R. eingeräumt habe. Da bei der Umschaffung das Kreditverhältnis immer bestehen bleibt, könnte es dann gar keine Umschaffung geben. In Wahrheit sind die formelle und die materielle Seite der Umschaffung zu scheiden.

von der Hingabe einer Sache an Erfüllungsstatt. Das ist eine Folge davon, daß der Gläubiger durch die Umschaffung nicht befriedigt, vielmehr das alte Kreditverhältnis fortgesetzt wird.

§ 15.

Umschaffung und Aufwertung.

Es ist nicht unzweifelhaft, wie die umgeschaffene Forderung aufzuwerten sei. Der Streit dreht sich besonders um die Auslegung der § 63 Abs. 3 und 10 Ziff. 5 des Aufw.G.

§ 63 Aufw.G. stellt für die Aufwertung von Vermögensanlagen einen Höchstsatz von 25% auf. Abs. 3 sagt, eine Vermögensanlage im Sinne dieser Vorschrift liege bei Ansprüchen aus gegenseitigen Verträgen nicht vor. § 10 Abs. 1 Aufw.G. zählt eine Reihe von durch eine Hypothek gesicherten Ansprüchen auf, bei denen eine höhere oder geringere Aufwertung der persönlichen Forderung nach allgemeinen Vorschriften unter Abweichung vom normalen Höchstsatz von 25% unbeschadet der Herabsetzung nach § 8 des Aufw.G. zulässig ist. Hierher gehören u. a. die Kaufgeldforderungen, die nach dem 31. 12. 1908 begründet worden sind. Es fragt sich nun, ob eine Forderung auch dann noch als Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag bzw. als Kaufgeldforderung im Sinne des Aufwertungsrechts anzusehen ist, wenn sie umgeschaffen wurde.

Der Begriff „Vermögensanlage", den das Aufwertungsrecht aus der Privatwirtschaftslehre übernimmt, ist sehr unbestimmt. Daß er im Gesetz nicht näher festgelegt wurde, ist bei der Bedeutung, die ihm im Aufwertungsrecht zukommt, zu bedauern[124]. Das RG. sagt (vgl. RGZ. 113, 205 und 120, 342): „Vermögensanlage ist die auf eine gewisse Dauer berechnete zum Zweck der Erhaltung und Nutzung des Kapitals erfolgende Verwendung von Vermögensstücken". Mügel[125] faßt den Begriff sehr weit: Vermögenslage ist die auf eine gewisse Dauer berechnete Verwendung von Vermögensstücken zum Zweck der Kapitalsnutzung oder Kapitalsaufbewahrung. Er verlangt also nicht schlechthin Hingabe des Kapitals zum Zweck der Nutzung durch den Gläubiger. Außerdem läßt er u. a. schon Stundungen ausreichen, um eine Forderung zur Vermögensanlage zu machen. Bei der Abgrenzung des Begriffs Vermögensanlage ist davon auszugehen, daß als Vermögen in diesem Zusammenhang solches Kapital bezeichnet wird, das nicht dem Verbrauch, sondern der Nutzung dient, dessen Stamm also nicht angegriffen werden soll. Dieses Vermögen wäre jedenfalls angelegt worden, falls nicht gerade bei diesem Schuldner, so doch bei einem andern. Es wäre also vermutlich auch sonst der Entwertung anheimgefallen. Deshalb soll bei diesem Kapital die Aufwertung nach oben mit 25% begrenzt sein. Es wurde oben § 11 gezeigt, daß bei der Frage, wann bei der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen im

---

[124] Vgl. über die Folgen, die das Fehlen von klaren Rechtsbegriffen und festen Umrechnungssätzen mit sich bringt, Nußbaum: Die Bilanz der Aufwertungstheorie, Tübingen 1929, S. 14 ff. und die dort S. 8 Zitierten.

[125] Vgl. Mügel 1 zu § 63 des Aufw.G. im Gesamten Aufwertungsrecht S. 399

weiteren Sinn eine Kapitalanlage durch den Gläubiger bezweckt wird, eine Reihe von Momenten berücksichtigt werden muß: Person des Gläubigers, Person des Schuldners, Verzinsung, Kündigungsfristen, Ausschluß der Kündigung für gewisse Zeit, Tilgungspläne, Flüssigkeit des Geldmarkts usw. Alle diese Momente sind auch in § 63 Aufw.G. zur Beantwortung der Frage, ob eine Vermögensanlage vorliegt, heranzuziehen. Festzuhalten ist, daß der Begriff Vermögensanlage ein privatwirtschaftlicher ist. Die rechtliche Form, in die die Parteien ihre Geschäfte kleiden, ist für sich allein nicht entscheidend. So kann ein Klagerleichterungswechsel, besonders wenn mit dessen Hingabe eine Prolongationsvereinbarung getroffen wurde, sehr wohl eine Vermögensanlage darstellen. Andererseits darf der Begriff nicht zu weit gefaßt werden. Bei Stundungen aus Gefälligkeit und Gefälligkeitsdarlehen handelt es sich nicht um Kapitalien, deren Stamm nicht angegriffen werden soll, sie sind deshalb keine Vermögensanlagen. Eben deshalb wird, abgesehen von dem Fall, wo der Gläubiger in der Festlegung seines Kapitals für längere Zeit Schutz gegen die Entwertung suchte, davon ausgegangen werden müssen, daß nur dann eine Vermögensanlage vorliegt, wenn der Gläubiger sein Kapital durch die Anlage beim Schuldner ausnützen wollte. Die Nutzung durch den Gläubiger ist ein Sympton dafür, daß es sich nicht nur um Gefälligkeiten handelt. Die Beschränkung der Aufwertung auf höchstens 25% wirkt besonders in dem Fall hart, wo der Gläubiger durch die Festlegung des Kapitals Schutz gegen die Entwertung suchte; hier wird ihm der Glaube an die währungspolitische Kraft des Staates zum Verhängnis.

Eine Ausnahme zugunsten der freien Aufwertung gilt bei Vermögensanlagen dann, wenn es sich um Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen handelt. Hier hat der Schuldner den Gegenwert häufig noch unentwertet in der Hand. Deshalb würde die Beschränkung der Aufwertung auf höchstens 25% besonders hart wirken, um so mehr, als der Gläubiger mit einer solchen Vermögensanlage dem Schuldner in aller Regel einen besonderen Gefallen erwies[126]. Bei dem Hunger nach Sachwerten, der in der Inflation bestand, hatte es der Gläubiger nicht nötig, Kredit zu gewähren, um seine Waren abstoßen zu können. Die herrschende Lehre (vgl. z. B. RGZ. 119, 12 und 96) nimmt nun an, daß eine Forderung durch die Umschaffung ihren Charakter als eine solche aus einem gegenseitigen Vertrag verliere. Man argumentiert: Es wird ein selbständiges Schuldversprechen begründet. Diese Forderung ist kraft Gesetzes von der causa losgelöst, sie ist selbständig und kann deshalb nicht ein „Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrag" sein. Es wird hier einseitig auf die formelle Seite der Umschaffung, ihre juristische Konstruktion abgestellt. Das ist schon um deswillen anfechtbar, weil die Loslösung von der ursprünglichen causa keine unbedingte sein muß. Die Parteien

[126] Das Darlehen ist kein gegenseitiger Vertrag i. S. des § 63 Abs. 3 Aufw.G. Das Aufwertungsgesetz faßt mit der Mehrzahl der Vertreter der Realvertragstheorie das verzinsliche Darlehen zu Unrecht als einseitig verpflichtenden Vertrag auf.

haben es in der Hand, wieweit sie das Schuldversprechen von der causa loslösen wollen, ganz, zum Teil oder gar nicht. Weiter wurde schon bei der Darlegung des Verhältnisses der Umschaffung zur Leistung an Erfüllungsstatt darauf hingewiesen, daß die Lösung der Einzelfragen, die sich an die Umschaffung knüpfen, nicht nur aus der formellen Seite derselben, ihrer juristischen Konstruktion abgeleitet werden darf; es ist vielmehr zur berücksichtigen, daß in materieller Hinsicht das alte Kreditverhältnis fortgesetzt wird. Das trifft nun besonders auf den vorliegenden Fall zu. Nachdem sich der Gesetzgeber bei der Behandlung der Aufwertung, wie die Einführung des privatwirtschaftlichen Begriffs Vermögensanlage zeigt, durchaus nicht an die juristischen Konstruktionen anlehnte, nachdem er in § 3 Abs. 2 durch positive Gesetzesbestimmung eine Regelung traf, die im Widerspruch zu dem steht, was bei der Umschaffung auf Grund ihrer juristischen Konstruktion zu erwarten war, darf auch die Frage, ob eine Forderung durch die Umschaffung ihren Charakter als eine solche aus einem gegenseitigen Vertrag verliert, nicht auf Grund der juristischen Konstruktion, sondern sie muß aus der Interessenlage heraus entschieden werden.

Wurde ein abstraktes Versprechen lediglich zu dem Zweck begründet, dem Gläubiger die Geltendmachung seiner Forderung zu erleichtern, so tritt die neue Forderung in aller Regel neben die Forderung aus dem gegenseitigen Vertrag. Da die letztere jedenfalls gemäß § 63 Abs. 3 Aufw.G. unbeschränkt aufgewertet werden kann, ist die Frage der Aufwertung der abstrakten Forderung in diesem Fall nicht sehr praktisch; aber auch, wenn hier die neue Forderung einmal ausnahmsweise die alte ersetzen sollte, müßte sie dennoch der freien Aufwertung unterliegen. Die Umschaffung erfolgt hier lediglich im Interesse des Gläubigers und es dürfen aus einem Geschäft, das dem Gläubiger nach der Absicht der Parteien lediglich Vorteil bringen soll, hinterher keine für ihn nachteiligen Folgerungen abgeleitet werden. Aus eben diesem Grund hat auch dann freie Aufwertung stattzufinden, wenn mit der Umschaffung ein Verzicht auf Kauf- oder Werkvertragsmängel beabsichtigt war. Grundsätzlich gilt dies auch dann, wenn die Umschaffung einer einzelnen Forderung einen generellen Einredeverzicht enthält. Nur ist hier besonders zu prüfen, ob dieser generelle Einredeverzicht nicht auf die Umschaffung in ein Darlehen hinweist, bei der, wie unten darzulegen ist, etwas anderes gilt. Erfolgte die Umschaffung zu dem Zweck, einen Vergleich, etwa über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag herbeizuführen, so stellt die neue Forderung sicher noch materiell das Entgelt für die vom andern Vertragsteil erbrachte Gegenleistung dar. Sie ist daher ihres Charakters als Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag i. S. des § 63 Abs. 3 Aufw.G. nicht entkleidet und unterliegt der freien Aufwertung. Anders ist es, wenn die Umschaffung durch eine Abrechnung erfolgt, oder wenn die Parteien alle zwischen ihnen bestehenden Beziehungen abschließend regeln wollten. Hier wird die Forderung auch materiell aus dem Zusammenhang mit der Gegenforderung losgelöst. Deshalb gilt für diese Fälle die Ausnahme des § 63 Abs. 3 Aufw.G. nicht mehr.

Mügel[127] nimmt an, daß bei Wechseln mit Rücksicht auf ihre Eigenart nach der Verkehrsauffassung eine Aufwertung nicht in Frage komme. Das trifft auf den Zirkulationswechsel zu, weil der Gedanke bei diesem ist, der andere Vertragsteil solle sich den Wert des Wechsels sofort durch Diskontierung verschaffen. Etwas anders liegt die Sache jedoch beim Klagerleichterungs- oder Finanzwechsel. Daß ein solcher vorliegt, kann sich besonders aus Prolongationsvereinbarungen ergeben. Diese Wechsel sollen nur dem Gläubiger die evtl. spätere Geltendmachung seiner Forderung erleichtern. Die Hingabe dieser Wechsel dient nur dem Interesse des Gläubigers. Deshalb dürfen auch bei der Frage, wie eine solche Wechselforderung aufzuwerten sei, dem Gläubiger aus der Hingabe des Wechsels, mag diese erfüllungs- oder umschaffungshalber erfolgt sein, keine Nachteile erwachsen m. a. W. eine solche Wechselforderung kann nach den Grundsätzen, die für die Aufwertung der dem Wechsel zugrunde liegende Schuld gelten, aufgewertet werden.

Bei der Frage, ob eine Forderung durch die Umschaffung ihren Charakter als Kaufgeldforderung i. S. des § 10 Abs. 1 Ziff. 5 Aufw.G. verliert, sind ähnliche Erwägungen anzustellen. Da sich das dem persönlichen Schuldner übereignete Grundstück verhältnismäßig wenig entwertet hat, wäre es hart, nicht nur die dingliche, sondern auch die persönliche Forderung des Gläubigers von vornherein auf höchstens 25% zu beschränken, dies um so mehr, als das Stehenlassen des Kaufgeldrestes in erster Linie im Interesse des Käufers liegt. Dafür, daß das Aufwertungsgesetz die Frage, ob eine Kaufgeldforderung vorliegt, nicht nach formaljuristischen, sondern nach materiellen Gesichtspunkten entschieden wissen will, spricht besonders, daß bei Kaufgeldforderungen, die vor dem 1. 1. 1909 begründet worden sind, angenommen wird, der Hilfszweck für den Schuldner sei allmählich immer mehr in den Hintergrund, der Kapitalanlagezweck für den Gläubiger immer mehr in den Vordergrund getreten, oder, wie der Kommissionsbericht 8 sagt, diese Forderungen hätten „den Charakter der Vermögenslage angenommen", ohne daß sich dies formaljuristisch irgendwie ausgewirkt hätte. Außerdem ist auch hier darauf hinzuweisen, daß das Gesetz in § 3 Abs. 2 die Lösung einer sich an die Umschaffung anknüpfenden Einzelfrage in Anlehnung nicht an die juristische Konstruktion sondern an den materiellen Gehalt der Umschaffung trifft. Deshalb ist auch in dem hier in Frage stehenden Fall davon auszugehen, daß eine Kaufgeldforderung dann noch vorliegt, wenn die umgeschaffene Forderung materiell noch als Entgelt für das übereignete Grundstück angesprochen werden kann. Wann dies der Fall ist, ist nach denselben Gesichtspunkten zu entscheiden, wie im Fall des § 63 Abs. 3 Aufw.G. die Frage, wann eine umgeschaffene Forderung noch als Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag anzusehen ist.

---

[127] Vgl. Mügel 1 zu § 63 a. E.

II. Die Wirkungen der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen i. e. S.

§ 16.
Allgemeines.

Es wurde oben § 11 dargelegt, daß bei der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen i. e. S. die causa der neuen Forderung die causa credendi ist. Die Aufhebung der ursprünglichen Forderung ist nur Mittel zur Erfüllung der Verpflichtung des Darlehensgebers, sie ist nicht selbst causa (solvendi) des Geschäfts. Daraus ergibt sich, daß die neue Forderung nicht in dem Sinn die Fortsetzung der alten darstellt, wie dies bei der bisher betrachteten Umschaffung der Fall ist. Die alte Forderung ist vielmehr mit der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen als erfüllt anzusehen; die Wirkungen, die die Umwandlung auslöst, sind die Wirkungen der Erfüllung.

Nimmt ein beschränkt geschäftsfähiger Schuldner die Umwandlung seiner Schuld in ein Darlehen vor, so ist bei Fehlen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters der obligatorische Darlehensvertrag unwirksam. Die Aufhebung der alten Forderung ist ein für den Schuldner lukratives Geschäft und damit vollwirksam. Dieser ist jedoch durch die Aufhebung ungerechtfertigt bereichert. Der Gläubiger kann daher Wiederherstellung der alten Forderung gemäß § 812 BGB. verlangen. Nimmt ein beschränkt geschäftsfähiger Gläubiger die Umwandlung seiner Schuld in ein Darlehen vor, so ist bei Fehlen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters der Darlehensvertrag unwirksam, ebenso aber auch die Aufhebung der alten Forderung, weil sie für den Minderjährigen nicht lukrativ ist. Es bleibt also alles beim Alten. Dadurch unterscheidet sich die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen von der Umschaffung[128]. Bei dieser ist die Begründung des abstrakten Versprechens ein für den beschränkt geschäftsfähigen Gläubiger lukratives Geschäft und somit vollwirksam. Der Schuldner kann jedoch die Herausgabe des Versprechens im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen.

Wird eine nichtige Forderung in ein Darlehen umgewandelt, so hat der Darlehensgeber seine Verpflichtung zur Auszahlung der Darlehensvaluta nicht erfüllt. Der Schuldner ist also weder zur Zinszahlung noch zur Rückzahlung der Valuta verpflichtet. Er kann aber auch seinerseits nicht vom Gläubiger die Auszahlung der Valuta verlangen. Beide Teile haben beim Abschluß des Vertrags vorausgesetzt, daß der Gläubiger seine Verpflichtung auf eine ganz bestimmte Art, nämlich durch den Verzicht auf eine bestehende Forderung erfüllen werde. Das ist unmöglich, weil die aufzuhebende Forderung gar nicht besteht. Da der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, ist er nach § 306 BGB. nichtig (im Ergebnis ebenso das RG. vgl. z. B. RGZ. 76, 59). Das gilt auch dann, wenn eine gesetzlich mißbilligte Obligation, z. B. eine Spielschuld, ein Ehemäklerlohn, ein formloses Bürgschaftsversprechen (vgl. RG. Recht 1915 Nr. 1767) oder eine übermäßige Vertragsstrafe in ein Darlehen umgewandelt wurden, obwohl in diesen Fällen die durch Zahlung erfolgende Erfüllung der Verbindlichkeit nicht kondiziert werden kann, weil

[128] Vgl. oben § 9 am Ende!

es sich um Geschäfte zur Umgehung zwingenden Rechts handelt[129]. Während die Umwandlung einer nichtigen Schuld in ein Darlehen keine gültige Forderung entstehen läßt, ist die mittelst selbständigen Schuldversprechens umgeschaffene Forderung wenigstens in der Regel trotz der Nichtigkeit der alten Forderung gültig. Der Schuldner kann allerdings ihre Herausgabe mit der Bereicherungsklage verlangen bzw. dem Leistungsverlangen des Gläubigers die Bereicherungseinrede entgegensetzen.

Wird eine verjährte Forderung in Unkenntnis der Verjährung in ein Darlehen umgewandelt, so wird auf die verjährte Forderung verzichtet und damit die Valuta des Darlehens ausbezahlt. Die verjährte Forderung ist erfüllt und ebenso die Verpflichtung des Darlehensgebers auf Auszahlung der Valuta. Der Umstand, daß der Gläubiger die Verjährung der alten Forderung nicht kannte, steht der Klagbarkeit der Darlehensforderung nicht entgegen (§ 222 BGB.)[130]. Anders ist es, wenn eine verjährte Forderung in Unkenntnis der Verjährung inhaltlich den Darlehensgrundsätzen unterstellt wird. Hier bleibt die Forderung eine Naturobligation.

Dadurch, daß die Wirkungen der „Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen i. e. S." die der Erfüllung sind, stehen sie im Gegensatz zu denen der Umschaffung einer Forderung in ein abstraktes Schuldversprechen[131] und zu denen der Schuldabänderung z. B. der Abrede, die Schuld solle nur inhaltlich den Darlehensgrundsätzen unterstellt werden. Wurde ein Schenkungsversprechen in ein Darlehen umgewandelt[132], so haftet der Schuldner nicht mehr nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, sondern für jede Fahrlässigkeit. Wollen die Parteien die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt lassen, so müssen sie dies besonders vereinbaren. Ferner kann, wenn ein Schenkungsversprechen in ein Darlehen umgewandelt wurde, der Vollzug einer Auflage verlangt werden. Durch die Aufhebung des Schenkungsversprechens wurde die Valuta verschafft. Das Schenkungsversprechen ist damit als erfüllt anzusehen und die Vollziehung der Auflage hat zu erfolgen. Weiterhin tritt mit der Umwandlung des Schenkungsversprechens in eine Darlehensschuld an die Stelle der Einrede des Notbedarfs das Rückforderungsrecht der § 528/529. Dieses ist bei remuneratorischen Schenkungen ausgeschlossen. Kommt der Darlehensnehmer in Verzug, so hat er nach der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen Verzugszinsen zu bezahlen. In allen diesen Punkten unterscheidet sich die Umwandlung eines Schenkungsversprechens in ein Darlehen von der Schuldabänderung und von der Umschaffung.

---

[129] Vgl. Kohler, Ziv. Arch. 98, 347 ff.

[130] So richtig Enneccerus I, 1 § 362 Anm. 14. Die Entscheidung R.G.Z. 78, 163, die die Wirtschafterin um ihren wohlverdienten Lohn bringt, führt zwar richtig aus, daß in der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen kein Anerkenntnis im Sinne des § 222 BGB. liege, sie übersieht aber, daß sie ein Unterfall der Erfüllung ist.

[131] Vgl. oben § 13!

[132] Dazu ist, falls die Verpflichtung des Schenkers nicht nur erleichtert wird, die Form des § 518 BGB. erforderlich (vgl. R.G. Recht 1914 Nr. 337).

Hat A dem B ein wertvolles Pferd geschenkt mit der Auflage, an den X M. 200.— auszubezahlen und haben B und X die Auflage in ein Darlehen umgewandelt, so ist die Auflage erfüllt. B hätte dem X ebensogut die Auflage ausbezahlen und sich von X das Geld als Darlehen zurückgeben lassen können. Von dieser duplex numeratio wird bei der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen abgesehen. Daraus ergibt sich, daß der Schenker nicht mehr gemäß § 527 BGB. die Rückforderung eines Teils des Geschenks verlangen kann, wenn der Beschenkte-Darlehensnehmer das Darlehen nicht zurückbezahlt. Ebensowenig kann der Schenker nach der Umwandlung der Auflage in ein Darlehen noch gemäß § 330, 335 BGB. vom Beschenkten Auszahlung des Darlehens an den Darlehensgeber-Auflageberechtigten verlangen. Anders ist es, wenn die Schuld gemäß § 305 BGB. nur inhaltlich wie ein Darlehen behandelt werden soll. Hier bleibt das Recht des Schenkers, gemäß § 335 BGB. Vollzug der Auflage zu verlangen, bestehen und ebenso sein Recht, bei Nichtzahlung der Auflage Rückforderung des Geschenks insoweit zu verlangen, als es zum Vollzug der Auflage hätte verwendet werden sollen. Dies wird auch bei der Umschaffung der Auflage in ein selbständiges Schuldversprechen regelmäßig der Fall sein.

Wandelt der Geschäftsherr seine Forderung gegen den Käufer in ein Darlehen um, so wird die Provision des Verkaufsagenten ohne Rücksicht auf den Eingang des Geldes in dem Augenblick fällig, in dem unter normalen Umständen mit dem Eingang des Geldes gerechnet werden konnte. Ebenso ist es, wenn der Kommittent die Forderung gegen den Käufer, die ihm vom Kommissionär abgetreten wurde, in ein Darlehen umwandelt. Nicht etwa wird die Provision schon in dem Augenblick fällig, in dem die Umwandlung der Schuld in Darlehen vorgenommen wird. Der Verkaufsagent bzw. Verkaufskommissionär darf durch die Umwandlung der Schuld in ein Darlehen nicht besser gestellt werden wie zuvor, man denke an den Fall, daß der Agent von einer ihm erteilten Befugnis zur Kreditgewährung an den Käufer Gebrauch gemacht hatte. Dagegen wird die Provisionsforderung des Verkaufsagenten bzw. Verkaufskommissionärs erst mit dem Eingang der Kaufpreissumme fällig, wenn die Vereinbarung zwischen dem Geschäftsherrn bzw. Kommittenten und dem Käufer dahin lautete, die Schuld solle nur inhaltlich den Darlehensgrundsätzen unterstellt werden, oder wenn die Kaufpreisforderung in ein selbständiges Schuldversprechen umgeschaffen wurde, sofern nur der Geschäftsherr bzw. Kommittent durch diese Vereinbarung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht verletzt.

Wird eine Schuld in ein Darlehen umgewandelt, so unterliegt sie grundsätzlich der 30jährigen Verjährungsfrist, auch wenn sie vorher einer kürzeren Verjährungsfrist unterlag, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die kurze Verjährungsfrist der alten Schuld durch Vertrag verlängert werden konnte oder nicht. § 225 BGB. steht nicht entgegen. Im Gegensatz hiezu bleibt bei einer Abmachung, die alte Schuld solle unter Wahrung ihrer Identität nur inhaltlich wie ein Darlehen behandelt werden, die Verjährungsfrist, der die Forderung seither unterlag, bestehen. Die Verjährungsfrist der Schuld kann auch nicht durch ausdrückliche Ab-

machung verlängert werden (§ 225 BGB.). Selbst in den Fällen, in denen dies wie z. B. beim Kauf und Werkvertrag ausnahmsweise gestattet ist, kann in der Abmachung, die Schuld solle inhaltlich wie ein Darlehen behandelt werden, für sich allein noch nicht die Vereinbarung einer Verlängerung der Verjährungsfrist gefunden werden.

Wird eine im Konkurs privilegierte Forderung in ein Darlehen umgewandelt, so erlischt das Konkursprivileg. Das folgt daraus, daß die Auszahlung der Darlehensvaluta durch Aufhebung der Dienst- bzw. Werkvertragsforderung erfolgt, diese letztere also als erfüllt anzusehen ist. Anders ist es, wenn die Parteien die Forderung nur inhaltlich, z. B. bezüglich der Fälligkeit und der Verzinsung wie ein Darlehen ausgestalten: Hier bleibt das Konkursprivileg bestehen.

Es fragt sich weiter, welchen Einfluß die Umwandlung der Schuld eines Gesamtschuldners in ein Darlehen auf die Verpflichtung der übrigen Gesamtschuldner ausübt. Die Aufhebung der ursprünglichen Schuld eines Gesamtschuldners erfolgt zu dem Zweck, die Darlehensvaluta in das Vermögen des Schuldners zu überführen. Dafür erhält der Gläubiger gegen den Schuldner den Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens sowie auf Zahlung etwaiger Zinsen, Vertragsstrafen und Provisionen. Dieses Darlehen wird dem Schuldner grundsätzlich bedingungslos gegeben. Es ist somit die ursprüngliche Forderung als erfüllt anzusehen, der Gläubiger kann die übrigen Gesamtschuldner nicht mehr in Anspruch nehmen, wohl aber kann der Darlehensschuldner seine evtl. Regreßansprüche gegen diese geltend machen[133]. Will der Gläubiger seine Ansprüche gegen die übrigen Gesamtschuldner nicht verlieren, so muß er mit dem Schuldner vereinbaren, die Schuld solle nur inhaltlich wie ein Darlehen behandelt werden. Dann bleibt es ihm unbenommen, gegen die übrigen Gesamtschuldner vorzugehen. Ob die übrigen Gesamtschuldner durch die Umschaffung der Forderung eines von ihnen in ein abstraktes Schuldversprechen befreit werden, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Es ist endlich noch darzutun, wie es bei der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen mit den Sicherungen zu halten ist, die für die alte Schuld bestellt waren. Auch hier ist davon auszugehen, daß die Schuld mit der Umwandlung in ein Darlehen erfüllt ist. Die für sie bestellten Pfandrechte und Bürgschaften erlöschen bzw. es entsteht ein Eigentümerpfandrecht. Diese Regelung entspricht auch der Interessenlage, denn die Bürgen und Pfandschuldner rechnen nicht von vornherein mit einer so langen zeitlichen Ausdehnung ihrer Haftung, wie sie die Umwandlung der Schuld in ein Darlehen gewöhnlich mit sich bringt. Geht die Vereinbarung nur dahin, die Schuld solle nur inhaltlich den Darlehensgrundsätzen unterstellt werden, so bleiben Bürgen und Pfänder verhaftet. Ob dies auf die Umschaffung der gesicherten Forderung in ein abstraktes Schuldversprechen zutrifft, ist nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden.

---

[133] Unrichtig OLG. Hamburg Recht 1918 Nr. 1356, das bei der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen Befreiung der übrigen Gesamtschuldner nur annimmt, wenn dies durch Vertrag zugunsten Dritter besonders vereinbart wird.

§ 17.

Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen und Aufwertung.

Es fragt sich, ob noch ein Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrag i. S. des § 63 Abs. 3 Aufw.G. oder eine Kaufgeldforderung i. S. des § 10 Abs. 1 Ziff. 5 des Aufw.G. vorliegt, wenn diese Forderungen inhaltlich oder in Darlehensforderungen umgewandelt oder umgeschaffen wurden. Eine Forderung erhält bei Schuldabänderungen, etwa wenn sie ohne Schaffung eines neuen Klagegrunds nur inhaltlich wie ein Darlehen ausgestaltet wird, ihren Charakter als Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Vereinbarung schon zur Zeit des Abschlusses des gegenseitigen Vertrags oder erst später getroffen wurde. Allerdings wird, wenn die Forderung nur inhaltlich den Darlehensgrundsätzen unterstellt wird, häufig keine Vermögensanlage vorliegen. Will der Gläubiger sein Kapital festlegen, so will er regelmäßig einen selbständigen Klagegrund, in einem solchen Fall spricht daher die Vermutung für die Umschaffung bzw. Umwandlung der Schuld in ein Darlehen.

Wird eine Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag in ein echtes Darlehen umgewandelt, so ist die causa der neuen Forderung die causa credendi. Durch die Aufhebung der alten Forderung erfüllt der Darlehensgeber seine Verpflichtung zur Auszahlung der Darlehensvaluta. Die beim Abschluß des gegenseitigen Vertrags ausbedungene Gegenleistung stellt nicht mehr das Aequivalent für die Darlehensforderung dar. Dieser kann daher die privilegierte Aufwertung des § 63 Abs. 3 Auf.G. nicht mehr zugute kommen, sie ist kein Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrag im Sinne dieser Bestimmung. Es fragt sich allerdings, ob nicht im Aufwertungsrecht unter Ansprüchen „aus gegenseitigen Verträgen" alle Ansprüche zu verstehen sind, die „auf gegenseitigen Verträgen beruhen", und ob darunter auch noch in ein Darlehen umgewandelte Forderungen fallen[134]. Die Terminologie des Gesetzes ist, besonders auch bei den Ansprüchen der § 10 Ziff. 1—4, 63 Ziff. 1—4 Aufw.G. gelinde gesagt sehr willkürlich. Es ist z. B. kaum anzunehmen, daß ein Unterschied besteht zwischen Ansprüchen aus Gesellschaftsverträgen im Sinne des § 63 Abs. 2 Ziff. 1 Aufw.G. und Ansprüchen, welche auf einem Gesellschaftsvertrag beruhen i. S. des § 10 Ziff. 5 Aufw.G. (vgl. dazu auch RGZ. 113, 206; 119, 10; 120, 346). Aus dem Umstand allein, daß die Ziffern 1—4 des § 63 Abs. 2 Aufw.G. auf dem letzten Entstehungsgrund der aufzuwertenden Forderung abstellen, darf nicht geschlossen werden, daß dies auch im Fall des § 63 Abs. 2 Aufw.G. der Fall sein soll. Diese Bestimmung soll der Unbilligkeit steuern, die bestehen würde, wenn bei einem gegenseitigen Vertrag, etwa bei einem Kauf der Käufer die gekaufte Sache behalten dürfte und der Verkäufer zum Dank für sein Entgegenkommen höchstens 25% seiner Kaufpreisforderung bekommen könnte. Diese Unbilligkeit besteht nicht mehr, wenn es dem Gläubiger darum zu tun war, sein Kapital beim Schuldner festzulegen, wie dies bei der Begründung eines echten Darlehens die Regel ist. Der Gläubiger

[134] So Lehmann-Böseb eck, Anm. 7 zu § 63 auf S. 297.

hätte dieses Kapital, wenn der Schuldner bezahlt hätte, irgendwo anders angelegt, wo es voraussichtlich auch entwertet worden wäre. Aus alledem folgt, daß ein Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrag im Sinne des § 63 Abs. 3 Aufw.G. nicht mehr vorliegt, wenn die Forderung in ein Darlehen umgewandelt wurde[135]. Ebenso ist es, wenn die Forderung in ein Darlehen umgeschaffen wurde.

Gemäß § 10 Ziff. 5 des Aufw.G. kann die persönliche Forderung bei Kaufgeldhypotheken, die nach dem 31. 12. 08 begründet wurden, frei aufgewertet werden. Dies gilt auch dann, wenn die Forderung „bei ihrer Begründung in ein Darlehen umgewandelt wurde". Die Auslegung dieser Bestimmung bereitet Schwierigkeiten. Es fragt sich, ob sie für die Fälle der inhaltlichen Behandlung der Schuld wie ein Darlehen oder für die Fälle der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen i. S. gelten soll und weiter, ob sie zwingendes Recht ist. Es ist hier, ehe zur Lösung dieser Fragen übergegangen wird, der Ort, vor einer falschen Auslegungsmethode zu warnen, wie sie z. B. Nadler anwendet[136]. Dieser sagt: Das Aufwertungsgesetz ist lex spezialis zum BGB.; es muß also möglichst das BGB. wiederhergestellt werden (und damit die freie Aufwertung nach § 242 BGB.). Deshalb sind die Vorschriften, die die Aufwertung beschränken, möglichst eng, die Vorschriften, die als Ausnahmebestimmungen hiezu das BGB. wiederherstellen, wie z. B. § 10 Ziff. 1—5 des Aufw.G. möglichst weit auszulegen. Hier ist der Wunsch, in möglichst großem Umfang die freie Aufwertung wiederherzustellen, der Vater des Gedankens. Man darf dieses Ziel aber nicht dadurch zu erreichen versuchen, daß man die Ausnahme möglichst eng, die Ausnahme von der Ausnahme möglichst weit auslegt. Der Richter ist an den im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers gebunden, auch wo er ihm unbillig erscheint. Nur soweit der Wille des Gesetzgebers nicht zu ermitteln ist, ist nach billiger Interessenabwägung zu entscheiden.

Bei der Feststellung dessen, was der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 10 Ziff. 5 zweiter Halbsatz bezweckte, muß von dem ausgegangen werden, was rechtens wäre, wenn diese Bestimmung nicht im Gesetz stünde. Sollte eine Kaufgeldforderung dann nur inhaltlich den Darlehensgrundsätzen unterstellt worden sein, so würde sie der freien Aufwertung unterliegen. Dabei würde es keinen Unterschied machen, ob diese Vereinbarung bei der Begründung der Kaufgeldforderung oder erst später getroffen worden wäre. Wäre dagegen die Forderung bei ihrer Begründung oder später in ein Darlehen umgewandelt worden, so wäre die Valuta des Darlehens durch den Verzicht auf die Kaufgeldforderung ausbezahlt worden. Die Kaufgeldforderung wäre getilgt und es käme die für sie geltende freie Aufwertung der Darlehensforderung nicht zugute, auch die persönliche Darlehensforderung wäre mit höchstens 25% aufwertbar.

[135] Im Ergebnis ebenso Mügel 6 zu § 63 Aufw.G. mit der auch von R.G.Z. 120, 344 geteilten Begründung, es liege bei der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen i. e. S. eine „Novation" vor.

[136] Vgl. Nadler „Grundbuch und Aufwertungsfragen" 2. Aufl. Berlin 1926 S. 150.

Die Kaufgeldforderungen stellen besonders bei Gebäuden, größere Summen dar, die erst im Lauf einer Reihe von Jahren zurückbezahlt werden. Deshalb liegt auch bei der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen auf Seiten des Gläubigers nicht notwendig der Kapitalanlagezweck vor. Dem Käufer soll durch das verhältnismäßig weitgehende Entgegenkommen im Zahlungsmodus der Kauf erst ermöglicht werden. Es wäre hart, dem Käufer das gekaufte Grundstück, das sich wenig oder gar nicht entwertet hat, zu belassen, den Anspruch des Verkäufers dagegen, der dem Schuldner durch die Umwandlung der Schuld in ein Darlehen nur entgegenkommen wollte, auch soweit es sich um die persönliche Forderung handelt von vorn herein auf höchstens 25% zu begrenzen. Der zweite Halbsatz des § 10 Ziff. 5 Aufw.G. dehnt deshalb die Vorschrift des ersten Halbsatzes auf den Fall aus, daß bei der Begründung der Kaufpreisforderung ein Darlehen begründet wurde, dessen Valuta in dem Verzicht auf die Kaufgeldforderung bestand. Dafür, daß der zweite Halbsatz nach der Absicht des Gesetzgebers eine Erweiterung des ersten sein sollte, spricht schon seine Fassung, insbesondere das „auch", das etwas Zusätzliches zu dem bisher Gesagten bringen soll.

Die herrschende Lehre faßt den § 10 Ziff. 5 zweiten Halbsatz als zwingendes Recht auf[137]. Das bietet den Vorteil größerer Rechtssicherheit gegenüber der Auslegung, die in ihm einen dispositiven Rechtssatz erblickt.

Für die Hervorkehrung des Gesichtspunktes der Rechtssicherheit spricht, daß der Richter vielfach an der Aufwertung auch persönlich interessiert ist, und soweit ihm freie Hand gelassen wird, bei der Entscheidung von Zweifelsfällen unbewußt durch seine eigenen Interessen beeinflußt wird. Allein diese Rechtssicherheit besteht schon um deswillen nur scheinbar, weil keine Einmütigkeit darüber zu erzielen ist, was als Zeitpunkt der Begründung der Kaufgeldforderung anzusehen ist. Schriftsteller, die die freie Aufwertung in möglichst vielen Fällen zulassen möchten, suchen den Begriff „Begründung der Kaufgeldforderung" zu strecken. So sind Mügel und Griebel[138] der Ansicht, die Umwandlung nach Vertragsschluß sei dann noch „bei der Begründung" i. S. des § 10 Ziff. 5 Aufw.G. erfolgt, wenn sie vor der Auflassung, welche verzögert wird, stattfindet. Nadler[139] sagt: „Dabei, d. h. bei der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen, ist aber im einzelnen Fall besonders zu prüfen, ob nicht die besondere Ausgestaltung des Falls, insbesondere wenn mehrere Verträge abgeschlossen sind, die Auslegung (oder Einlegung?) gestattet, daß die Kaufgeldforderung unter Wegfall der früheren Abrede erst mit der Vereinbarung der Umwandlung als begründet anzusehen ist. Vollzieht sich die Begründung der Forderung in mehreren Rechtsakten — bei der Begründung durch einen Minderjährigen z. B. bedarf es noch der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters — so genügt es, wenn die Umwandlung

[137] Vgl. z. B. Lehmann-Boesebeck Anm. 8 zu § 10 Aufw.G. auf Seite 138.

[138] Vgl. Mügel a. a. O. 1926 Nachtrag II S. 262, Griebel „Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts" Seite 79.

[139] Vgl. Nadler a. a. O. S. 163.

mit dem letzten Rechtsakte verabredet wird". Es wird also dadurch, daß man den § 10 Ziff. 5 zweiten Halbsatz als zwingendes Recht auffaßt, keine Rechtssicherheit geschaffen.

Den Ausgangspunkt für die Entscheidung der Frage, ob diese Bestimmung zwingendes Recht ist oder nicht, muß die ratio legis bilden. Bei der Umwandlung einer Kaufgeldforderung in ein Darlehen liegt nicht notwendig der Kapitalanlagezweck durch den Gläubiger vor; diese Rechtsfigur wird in Anbetracht der bedeutenden Summen, um die es sich bei Grundstückskäufen meist handelt und die lange Zeitdauer, innerhalb deren die Bezahlung erfolgt, auch dann angewandt, wenn mit der Stundung in erster Linie dem Schuldner geholfen werden sollte. Erfolgt nun die Umwandlung erst nach dem Abschluß des Kaufvertrags, also nach dem Zeitpunkt der Begründung der Kaufgeldforderung, so ist es wenig wahrscheinlich, daß der Gläubiger dem Schuldner lediglich entgegenkommen wollte. Erfolgt dagegen die Umwandlung bei der Begründung der Kaufgeldforderung, so spricht dafür eine Vermutung. § 10 Ziff. 5 zweiter Halbsatz sagt, daß im Widerspruch zu dem, was man auf Grund der juristischen Konstruktion erwarten sollte, bei der Umwandlung der Kaufgeldforderung in ein Darlehen dann freie Aufwertung stattzufinden hat, wenn trotz der Umwandlung nicht der Kapitalanlagezweck durch den Gläubiger für das Stehenlassen des Restkaufgeldes entscheidend war. Und er stellt weiter für den Fall, daß die Umwandlung schon bei der Begründung der Kaufgeldforderung erfolgt, eine Vermutung dafür auf, daß dem Schuldner durch die Stundung geholfen werden sollte. Diese Vermutung kann z. B. dadurch widerlegt werden, daß das Darlehen ohne Amortisationsquoten unter Ausschluß der Kündigung durch den Schuldner auf 10 Jahre fest gegeben wurde. Hier ergibt sich aus dem Inhalt des Vertrags, daß es dem Gläubiger, der darin vielleicht Schutz gegen die Entwertung suchte, um die Anlage seines Kapitals zu tun war. Obwohl in diesem Fall die Umwandlung in ein Darlehen bei der Begründung der Kaufgeldforderung erfolgt ist, ist die persönliche Forderung bei der Aufwertung an den Höchstsatz von 25% gebunden. Umgekehrt kann der Kapitalanlagezweck ausnahmsweise auch dann fehlen, wenn die Umwandlung der Schuld in ein Darlehen erst nach der Begründung der Kaufgeldforderung erfolgt. Dies ist z. B. möglich, wenn schon beim Vertragsschluß vereinbart wurde, daß in einem späteren Zeitpunkt der dort noch bestehende Kaufgeldrest in ein Darlehen umgewandelt werden solle oder wenn dem Käufer vertragsmäßig ein Rücktrittsrecht vorbehalten war und nun in einem späteren Zeitpunkt ausgemacht wird, der Käufer solle auf sein Rücktrittsrecht verzichten und der Verkäufer der Umwandlung des Kaufgeldrestes in ein Darlehen zustimmen.

§ 18.
Das Ergebnis.

Eine kausale Schuldumwandlung gibt es nicht.

Die Fälle des § 607 Abs. 2 BGB. lassen sich mit der Schuldabänderung und der Erfüllung erklären.

Das einzige Rechtsinstitut, das im geltenden Recht als Parallele zur Novation in Betracht kommt, ist die Umschaffung. Diese ist, wie einst

die Novation, ein, wenigstens in der Regel, formalisiertes Rechtsgeschäft. Ihre Wirkungen sind weithin von denen der Erfüllung bzw. der Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt verschieden. Der Grund für diesen Unterschied liegt darin, daß sich die Umschaffung nicht im Erfüllungs- sondern im Verpflichtungsstadium vollzieht, daß bei ihr der Gläubiger nicht befriedigt, vielmehr das alte Kreditverhältnis fortgesetzt wird. Um das hervorzuheben, hätte der Gesetzgeber die Bestimmung des § 364 Abs. 2 BGB. besser nicht in dem Titel „Erfüllung", sondern in einem besonderen Titel behandelt. In der Umschaffung kann nur der einen „juristischen Wechselbalg" (Kohler) oder die „hybride Vorstellung der Aufhebung einer Forderung, die doch nur Umänderung ist" (Siber) sehen, der lediglich auf die formelle Seite des Geschäfts, die juristische Konstruktion abstellt und aus dieser die Regelung aller Einzelfragen ableitet. Allein die Umschaffung hat ein Janusgesicht: Formell wird zwar die alte Forderung aufgehoben und eine neue begründet, materiell wird jedoch das alte Kreditverhältnis fortgesetzt. Schon die Novation des römischen Rechts nahm diese Doppelstellung ein. Sie hat ihren Niederschlag in der klassischen Definition D. 46, 2 lex 1 pr. gefunden. Die praktischen Auswirkungen des Gedankens, daß das ursprüngliche Kreditverhältnis trotz Aufhebung der ursprünglichen und Begründung einer neuen Forderung fortbesteht, haben die Römer mit transfusio atque translatio bezeichnet. Die Umschaffung — und ebenso die Neuerung des Schweizerischen Rechts — entspricht also der Novation des römischen Rechts.

Mit der Gewinnung der Sätze für die Rechtsanwendung ist die Hauptaufgabe erledigt. Die Terminologie dient nur dazu, die systematische Uebersicht über die gewonnenen Ergebnisse zu fördern, im übrigen sind die Namen, die den einzelnen Rechtsinstituten beigelegt werden, von untergeordneter Bedeutung. Nachdem sich nun in der Rechtsprechung für die Ersetzung einer Verbindlichkeit durch eine neue abstrakte der Name „Umschaffung" eingebürgert hat, empfiehlt es sich, diesen Sprachgebrauch beizubehalten. Umschaffung ist also die Verdeutschung von „Novation". Man wird auch die Fälle, in denen die Ersetzung einer bestehenden Obligation durch eine neue abstrakte im allgemeinen dieselben Wirkungen auslöst wie die Hingabe einer Sache an Erfüllungsstatt, mit dem römischen Recht noch von Umschaffung sprechen dürfen, weil doch nicht der volle Erfolg der datio in solutum erzielt werden kann. So haften bei der Umschaffung gewisser gesetzlich mißbilligter Obligationen die Mängel der alten Obligation auch der neuen an (vgl. z. B. § 762 Abs. 2 BGB.[140]. Wer will, mag die Umschaffung mit der Hingabe einer Sache oder eines Rechts gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt zusammenfassen als Hingabe an Erfüllungsstatt im weiteren Sinn, wie das z. B. v. Heck a. a. O. tut, man muß dann nur die Sonderart dieser Leistung an Erfüllungsstatt hervorheben.

---

[140] v. Heck a. a. O. § 59, 13 wendet sich ebenfalls gegen die Unterscheidung der Hingabe einer eigenen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt von der Schulderneuerung (gleich Umschaffung).

Lebenslauf.

Ich wurde am 12. VIII. 1904 in Feldrennach, OA. Neuenbürg, als Sohn des Schullehrers Karl Pantle und seiner Ehefrau Lina, geb Salzner, geboren. Von 1910—1913 besuchte ich die Volksschule in Waiblingen, von 1913—1917 die Lateinschule daselbst von 1917—1918 das Gymnasium in Cannstatt. Von 1918—1922 besuchte ich die niederen ev. theol. Seminare in Schöntal und Urach. 1922 bestand ich die Reifeprüfung. Von 1922—1924 machte ich eine kaufmännische Lehre bei der Württ. Vereinsbank Zweigniederlassung Waiblingen durch. Ich studierte zwei Semester Volkswirtschaft an der Technischen Hochschule in Stuttgart und sechs Semester Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen. Im Frühjahr 1928 bestand ich die erste juristische Dienstprüfung. Seither bin ich im württ. juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Literatur.

Bendix: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927, Leipzig 1927.

v. Blume: Novation, Delegation und Schuldübertragung, Göttingen 1895.

Dernburg: Lehrbuch des Preuß. Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 5. Aufl. Halle a. S. 1897.

Dernburg: Das bürgerliche Recht, Halle a. S. 1899.

Enneccerus, Kipp und Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 18.—22. Aufl. 1923.

Förster-Eccius: Preuß. Privatrecht, 7. Aufl. 1896/97.

Griebel: Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Girard-Mayr: Geschichte und System des römischen Rechts, Berlin 1908.

Haberstich: Handbuch des Schweizerischen Obligationsrechts, 1884/85.

v. Heck: Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912.

v. Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte 1889.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, 3. und 4. Aufl., Berlin 1913.

Jörs: Geschichte und System des römischen Privatrechts, Berlin 1927.

Klein: Vertragliche Aenderungen des Inhalts eines Schuldverhältnisses 1907.

J. Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1906.

J. Kohler: Geben und Wiedergeben, Ziv. Arch. 98, S. 347 ff.

Lehmann-Boesebeck: Kommentar zum Aufw. G. unter Berücksichtigung des gesamten Aufwertungsrechts, Stuttgart 1925.

Mügel: Kommentar zum Aufw. G. vom 16. 7. 1925 und systematische Darstellung des sonstigen Aufwertungsrechts, Berlin 1925.

Mügel: Kommentar zur Durchführungsverordnung zum Aufw. G. mit Ergänzungen und Nachträgen zum gesamten Aufwertungsrecht des Verfassers, Berlin 1926.

Nadler: Grundbuch und Aufwertungsfragen, 2. Aufl., Berlin 1926.

Nußbaum: Die Bilanz der Aufwertungstheorie in „Recht und Staat", Heft 64, Tübingen 1929.

Oser: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, das Obligationsrecht, Zürich 1915.

Planck-Siber: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin 1913/14.

Quassowsky: Aufwertungsgesetz 1926.

Rossel: Manuel du droit civil Suisse 1911.

Max v. Rümelin: Bernhard Windscheid und sein Einfluß auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft, Tübingen 1907.

Max v. Rümelin: Zum Gedächtnis Wilhelm v. Blumes Ziv. Arch. 128, 129 ff.

Max v. Rümelin: Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB. Ziv. Arch. Band 97 und 98.

Salpius: Novation und Delegation, Berlin 1864.

Savigny: Das Obligationsrecht, Berlin 1851 und 1853.

Stabel: Institutionen des Französischen Zivilrechts, 2. Aufl. 1883.

Stampe: Das Causaproblem des Zivilrechts, Greifwald 1904.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Auflage 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 7./8. Aufl. München und Berlin 1912.
Stoll: Juristische Wochenschrift 1928, S. 962 f.
v. Tuhr: Allg. Teil des Schweizer Obligationsrechts, Tübingen 1924.
v. Tuhr: Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München und Leipzig 1914.
Wendt: Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Karl Zachariä von Lingenthal: Handbuch des Französischen Zivilrechts, 7. Aufl., Heidelberg 1886.